

2m11.2665.7

Université de Montréal

Les garanties bancaires dans les contrats internationaux

par

Patrick Goudreau

Faculté de droit

Mémoire présenté à la faculté des études supérieures

en vue de l'obtention du grade de

Maître en droit (LL.M)

Janvier 1998

© Patrick Goudreau, 1998



5-7305-1145

AZBD
U54t
1999
V.002

University of Toronto

Les données fournies dans les contacts internationaux

Page

Page 1

Page 2

Information présentée à la Faculté des études supérieures

en vue de l'admission au grade de

Maîtrise en droit (LL.M.)



Page 1002

Faculté de droit, 1999

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Les garanties bancaires dans les contrats internationaux

présenté par :

Patrick Goudreau

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Albert Bohémier

Guy Lefebvre

Pierre-Paul Côté

Michel Lassonde - J.c.Q.

Mémoire présenté le : 16.12.1998

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier messieurs les professeurs Pierre-Paul Côté et Guy Lefebvre pour la confiance, l'attention et les précieux encouragements qu'ils m'ont apporté tout au long de la rédaction de mon mémoire.

À Geneviève, Charlotte et mes amis

SOMMAIRE

Outil international, la garantie bancaire est confrontée, du point de vue terminologique, au vocabulaire local de chacune des juridictions, sans compter les nuances qu'exigent les deux principaux systèmes de droit, soit le droit civil et la common law. Cette technique juridique mettant directement en cause la banque et son bénéficiaire trouve sa source dans le contrat principale entre le débiteur donneur d'ordre et le créancier bénéficiaire. Sûreté personnelle autonome, distincte du contrat de base, elle sème encore des doutes dans la communauté juridique, sur sa véritable nature. Bien que similaire au cautionnement, sûreté personnelle accessoire, c'est d'abord sur la foi de leur objet respectif que l'on distingue ces deux institutions. Pour l'une il s'agit d'une somme d'argent prédéterminée, et pour l'autre, le cautionnement, elle est basée sur la dette principale.

La garantie bancaire internationale s'est progressivement imposée, depuis les années soixante-dix, comme un outil juridico-financier, indispensable au niveau internationale. Jusqu'à tout récemment, les institutions internationales étaient plutôt réfractaires à accepter la véritable nature de la garantie bancaire à première demande, laissant les commerçants à eux-mêmes. Contrairement au crédit documentaire, la notion de fraude paraît en effet beaucoup plus complexe. C'est probablement ce qui justifie leur méfiance face au mode de paiement non documentaire, qui est en quelque sorte la principale forme utilisée par les commerçants. Notons que les organisations internationales telles que la CCI, la CNUDCI et le *UCC* américain manifestent un intérêt croissant pour la matière.

La garantie bancaire opère un renversement des rôles traditionnels des sûretés reconnues. Le bénéficiaire n'ayant qu'à faire la demande auprès du garant pour être payé, le donneur d'ordre se retrouve dans une situation précaire donnant ouverture à des abus. Faute d'une preuve *prima facie* que la demande de paiement est manifestement frauduleuse ou abusive, la donneur se verra contraint d'abdiquer à la demande de son créancier.

Mots clés: Garantie bancaire internationale - Lettre de crédit standby - Droit commercial - Droit bancaire

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.C.	Appeal cases
A.C.W.S.	Appeal cases Weekly Supplement
All.E.R.	All England Law Reports
Alta. Q. B.	Alberta Queen's Bench
B.C.L.R.	British-Columbia Law Reports
B.L.R.	Business Law Reports
C.A.	Recueils de la Cour d'appel
C.A.Q.	Cour d'appel du Québec
C.S.	Recueils de la Cour supérieure
D.L.R.	Dominion Law Reports
F (2d)	Federal Reporter
H.L.	House of Lords
Int.B.L.	International Banking Lawyer
J-E	Jurisprudence Express
K.B.	King's Bench
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
Man. C.A.	Manitoba Court of Appeal
N.Y.S.	New York Supplement
Ont. Div. Ct.	Ontario Divisionary Court
Ont. Gen. Div.	Ontario General Divisionary Court
Ont. H.C.J.	Ontario High Court of Justice
R.C.S.	Recueils de la Cour suprême du Canada
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
Sask. Q.B.	Saskatchewan Queen's Bench
U.C.C.R.S.	Uniform Commercial Code Reports Supplement
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.W.R.	Western Weekly Reports

LES GARANTIES BANCAIRES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

INTRODUCTION.....	1
1. DÉFINITIONS.....	3
2. GENÈSE DE LA GARANTIE BANCAIRE.....	9
3. SECTION PRÉLIMINAIRE SUR LA NOTION DE RISQUE.....	13
I. PRÉSENTATION DE LA GARANTIE BANCAIRE.....	21
1. NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE.....	21
A. Spécificité de la garantie bancaire.....	23
1° Sûreté personnelle.....	23
2° Autonomie de la garantie.....	26
3° Inopposabilité des exceptions.....	34
B. Typologie de la garantie bancaire.....	35
1° Garantie de soumission.....	37
2° Garantie de remboursement.....	37
3° Garantie de bonne exécution.....	38
4° Garantie d'entretien.....	39
5° Garantie de réserve.....	40
6° Autres types de garanties.....	40
C. Caractère distinctif.....	43
1° Distinction avec le cautionnement.....	44
2° Distinction avec le crédit documentaire.....	47
3° Distinctions avec la lettre de crédit stand-by.....	52
4° Distinctions avec le Performance bond.....	57
2° RÉGIME DE LA GARANTIE BANCAIRE.....	59
A. Perception.....	59
B. Textes applicables.....	61
1° CCI.....	62
2° CNUDCI.....	67
3° UCC.....	72
C. Jurisdiction compétente.....	75
II. EXÉCUTION DE LA GARANTIE BANCAIRE.....	78
1° MISE EN ŒUVRE.....	79
A. Appel de la garantie.....	79
1. Conditions matérielles.....	80
a. Montant de la demande.....	81
b. Moment de la demande de paiement.....	82
i Période exécutoire.....	83
ii Renouvellement de la garantie.....	86

iii. <i>Prolongement de la garantie</i>	87
2. Conditions formelles.....	90
a. <i>Modalité de la demande</i>	91
b. <i>Clause de paiement de la garantie</i>	91
B. Paiement au bénéficiaire	95
2° OPPOSITION AU PAIEMENT DE LA GARANTIE	101
A. Motifs pour s'opposer au paiement	101
1. Exceptions de fraude et d'abus manifeste.....	102
2. Conditions d'application de l'exception de fraude et d'abus manifeste.....	112
3. Preuve du caractère manifestement abusif ou frauduleux	120
B. Moyens mis en œuvre pour s'opposer au paiement ...	126
1. Injonction.....	128
2. Injonction Mareva.....	132
3. Saisie avant jugement.....	133
4. Autres recours.....	136
C. Recours disponible après le paiement	138
CONCLUSION	139
ANNEXE	148
BIBLIOGRAPHIE	150

*Deux sûretés valent mieux qu'une;
Et le trop en cela ne fut jamais perdu.*

Jean de La Fontaine
Le loup, la chèvre et le chevreau, Livre IV-15.

INTRODUCTION

Sûreté personnelle, indépendante, liquide, dont les exceptions liées au contrat de base sont inopposables, la garantie bancaire internationale est l'instrument rêvé. Généralement émise par une banque, sur ordre du débiteur, la garantie est un contrat autonome, dont le créancier est l'unique bénéficiaire. Contrat biparti, elle implique uniquement le garant et son bénéficiaire. Tout comme son cousin, le crédit documentaire, la garantie évolue en parallèle du contrat de base. Son originalité teint à son mode de paiement, à première demande.

Le principe est simple: *'pay first, argue later'*. Toute la force de cet instrument se résume dans ces quatre mots. Malgré sa simplicité, cette courte expression est aussi la source de nombreuses complications et de conflits. La seule limite reconnue par les tribunaux à ce puissant outil de sécurité: la fraude. Conséquemment, une demande de paiement manifestement abusive ou frauduleuse donnera ouverture à un arrêt de paiement de la part de la banque garante. Rarement volontaire, cette défense de paiement de la garantie résulte généralement d'une décision judiciaire.

Instrument juridique transnational, la garantie bancaire n'est régie par aucun texte législatif à l'exception de quelques juridictions. Émises sous la forme d'un crédit documentaire, elles constituent un engagement bancaire inconditionnel et autonome de payer un montant déterminé, pendant une durée fixe, en cas de défaut de paiement ou d'inexécution des obligations prévues au contrat de base. Sans parler de soeurs jumelles, les lettres de crédit stand-by sont toutefois difficiles à distinguer des garanties bancaires.

Pour répondre aux besoins de la pratique commerciale, l'utilisation de ces garanties s'est lentement organisée au fil des années. La Chambre de commerce internationale (CCI) fut la

première institution internationale à tenter, sans succès toutefois, d'en réglementer la pratique dans les années quatre-vingt. Plus d'une décennie aura été nécessaire pour que la volonté des commerçants se reflète dans les nouvelles Règles de la CCI, qui régissent d'une façon plus réaliste la pratique des garanties bancaires et des lettres de crédit stand-by. La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) et le *UCC* ont, en 1995, mis à jour le fruit de plusieurs années de travail. Il vise à harmoniser ces deux instruments.

Depuis leur apparition dans les années soixante-dix, les garanties bancaires internationales n'ont cessé de croître en importance. La mondialisation des marchés se reflète également dans l'utilisation de ces instruments juridico-financiers. Leur croissance est phénoménale avec des garanties émises annuellement d'une valeur de 500 milliards. Elles représentent aujourd'hui un pilier de l'économie mondiale.

Tout comme dans les années soixante-dix, l'expertise occidentale est mise à contribution dans la modernisation des infrastructures (routes, aéroports, ports, hôpitaux, réseaux de communication, développement domiciliaire et autres) de nombreux pays en développement. Ainsi, de nombreux contrats de construction sont conclus avec différents ministères des pays concernés, ainsi qu'avec les fonctions parapublique et le domaine privé. C'est principalement dans le cadre de ces projets de construction que la garantie bancaire s'est développée. Les montants en jeu étaient si importants de part et d'autre que les parties avaient intérêt à trouver une solution au problème de liquidité et de sécurité qui en découlait. Non sans difficulté, la garantie bancaire a supplanté les garanties traditionnelles, telles que le dépôt en espèce ou en or, le cautionnement et autres sûretés réelles. Les commerçants exigeant davantage de sûretés personnelles, la garantie englobait ainsi l'ensemble des qualités recherchées par les contractants, sans en posséder les désavantages. Le dépôt en espèce était devenu trop onéreux pour le maître d'œuvre; le cautionnement n'assurait pas au maître d'ouvrage la garantie souhaitée; les sûretés réelles passaient mal les frontières.

À leur insu, les journaux font quotidiennement écho de l'utilisation des garanties bancaires internationales. Ainsi, chaque nouveau projet d'infrastructure dans les pays en voie de

développement comprend généralement l'émission de plusieurs garanties bancaires internationales ou de lettres de crédit stand-by. Il en va de même pour les contrats de vente dans le domaine de l'aéronautique, par exemple. La venue du commerce électronique agira sûrement comme catalyseur et, sans parler de révolution commerciale, nous assisterons certainement à un bouleversement majeur des pratiques mercantiles. La garantie bancaire internationale risque fort de participer à cette évolution.

Ce mémoire se veut une étude des aspects légaux et pratiques des garanties bancaires internationales. Il est le fruit d'un examen de la jurisprudence, et de la doctrine se rapportant aux garanties bancaires provenant de cinq systèmes juridiques différents: ceux du Québec, des provinces canadiennes de common law, de la France, du Royaume-Uni et des États-Unis. Après avoir décrit leur spécificité, leur typologie et leur rapprochement avec les notions voisines (Partie I-1.), nous tenterons d'esquisser le droit applicable (Partie I-2.) pour nous interroger, ensuite, sur leur mise en œuvre (Partie II-1.) et, finalement, présenter les cas pouvant empêcher la réalisation de la garantie (Partie II-2.).

1. DÉFINITIONS

Tous les juges français n'ont pas encore compris ce qu'était la garantie autonome, indépendante, abstraite, substituée d'un dépôt d'espèce, d'or ou de valeur.

Paris, 15 févr. 1989, D. 1989. Somm. 158,
obs. Vasseur.

Avant d'entreprendre l'étude des sujets particuliers de cette section, portant principalement sur la définition de la garantie bancaire, sa genèse et enfin la notion de risque, il importe d'abord d'écarter les confusions terminologiques possibles concernant la garantie bancaire.

Terminologie. L'un des problèmes auxquels les juristes ont été, et demeure confrontés réside dans la terminologie très lâche de cette institution. Ainsi, la doctrine française parle de « garantie

autonome », de « garantie à première demande », de « garantie documentaire », de « garantie indépendante », de « lettre de garantie », de « lettre de garantie stand-by » et de « garantie de bonne exécution ». La doctrine anglaise utilise des expressions telles que *bank guarantee*, *performance guarantee*, *performance bond* et *standby letter of credit*¹. En droit américain, l'expression consacrée est *standby letter of credit*. La doctrine canadienne utilise également cette dernière dénomination, ainsi que les termes *bank guarantee* et *performance guarantee*. L'expression consacrée semble toutefois être *letter of credit*². En droit québécois, les expressions « garantie contractuelle », « garantie de bonne exécution », « lettre de garantie », *standby letter of credit* sont celles qui sont le plus fréquemment utilisées. La CCI, de même que la CNUDCI, utilisent les expressions « lettre de garantie », « lettre de garantie internationale », « lettre de crédit stand-by », « garantie indépendante »³, « garantie autonome » et « garantie bancaire ».

La désignation de l'instrument et de ses composantes constitue également un indice important, mais non déterminant, lorsqu'il faut qualifier ou distinguer la garantie bancaire des autres institutions voisines. En somme chacun possède sa propre appellation. Pour le cautionnement par exemple, la relation tripartite se nomme ainsi : le créancier garanti, le débiteur principal et la caution. Pour la garantie bancaire, elle inclut le donneur d'ordre (au lieu du débiteur principal), le bénéficiaire (au lieu du créancier), le garant (en lieu et place de la caution) et, très fréquemment, une quatrième partie, le contre-garant. Bien que chacune de ces institutions possède son vocabulaire propre, il n'en demeure pas moins que les praticiens, gens d'affaires, banquiers et autres intervenants, ne s'entendent vraiment pas sur une terminologie uniforme. Sans nécessairement être

¹ Norbert HORN, Eddy WYMEERSCH, « Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in International Trade », dans Norbert HORN, *The Law of International Trade Finance, Studies in Transnational Economic Law*, Deventer, Klumer Law and Taxation Publishers, vol. 6, 1989, p. 461, 473; Roy GOODE, « The New I.C.C. Uniform Rules for Demand Guarantees », (1992) *LMCLQ* 192.

² Le juge Wachowich nous donne un bon exemple dans l'affaire *Meridian developments Inc. v. T.D. Bank and Nu-West*, (1984) 32 Alt. L.R. (2d) 150, (Q.B.): *This case [...], clearly indicate that the nature of the letter of credit has not been changed by its use in greater variety of commercial transactions, notably as a guarantee. It exists as an independent contract between the bank and the person cashing or negotiating the draft and, if it is irrevocable, the bank is bound to honour it.* (Nous soulignons.)

³ Cette expression est celle qui a été retenue par les intervenants au développement du projet de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (CNUCILCS).

à la source de l'ensemble des contestations, quant à la qualification, la variété des appellations constitue tout de même une cause importante de litige⁴.

Nous avons opté dans le cadre de ce mémoire pour l'utilisation de l'expression « garantie bancaire ». Loin d'être parfaite, celle-ci a néanmoins l'avantage d'être générique et significative dans les deux grands systèmes de droit (le common law⁵ et le droit civil) qui influencent

⁴ La jurisprudence et la doctrine font état de la situation. Il n'est pas rare que les termes spécifiques soient inversés ou encore emmêlés; par exemple: le garant est appelé caution et la garantie en soi, cautionnement. Voici un exemple assez éloquent: « Acte de caution-Garantie à première demande », CA Amiens, 3e ch. com., 6 janv. 1993, éd. E, pan 745; Juris-Data n° 040297 cité dans Dominique LEGEAIS, J.-Cl. éd Th., fasc. 452., n° 22. De façon évidente, les tribunaux ne sont pas liés par les termes employés par les parties lorsqu'il y a ambiguïté. Ils tiendront alors compte de la volonté des parties, selon les principes traditionnels de l'interprétation des contrats. Selon le professeur Simler, c'est généralement la qualification de garantie autonome qui est retenue, lorsque les parties au contrat ont juxtaposé les caractéristiques des garanties autonomes et la terminologie empruntée au cautionnement. « Le corps de l'acte, définissant le contenu et les effets de l'engagement pris, exprime en effet avec une plus forte probabilité la volonté réelle des parties que la dénomination de l'acte ou des parties, empruntée, par pure commodité et faute de dénominations plus précises consacrées par la loi ou par l'usage, à l'institution la plus voisine. » Philippe SIMLER, J. Cl. É Th, Garantie autonome, fasc. K, n° 2. On peut citer comme exemple la décision du 22 mai 1991 dans laquelle la Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel qui avait caractérisé l'existence d'une garantie autonome, sans qu'il faille attacher d'importance au fait que, dans le préambule de la lettre d'ordre adressée par le client à la banque, aient figuré les termes « caution personnelle et solidaire »; Com. 22 mai 1991, D. 1992. Somm. 233. L'arrêt du 8 décembre 1987 de la Cour de cassation est également un bon exemple. Très instructifs à plusieurs égards, plus particulièrement concernant la question de la qualification de la surêté personnelle en cause. Il va sans dire que la banque avait soulevé qu'il s'agissait d'un cautionnement plutôt qu'une garantie bancaire, et conséquemment, qu'elle pouvait invoquer toutes les exceptions liées au contrat de base pour justifier son refus de payer. La Cour ne l'a pas entendu de la même façon, et la banque fut condamnée à payer des dommages et intérêts en guise de pénalité pour son refus de paiement non fondé, en plus de payer le montant prévu à la garantie. La Cour ne s'est pas laissé bernier par les appellations malheureuses: « [] le terme de "caution" utilisé dans les actes ne devait pas faire illusion [puisque] la banque, par une disposition expresse, s'était engagée à rembourser à première demande et inconditionnellement à la société Sorelec toutes sommes dues par la société Avignon au titre de la restitution de l'avance et de bonne fin des travaux [il s'agissait bel et bien d'une garantie bancaire]. » Com. 8 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 261; *infra*, note 104, 311, 318.

⁵ Pour des raisons historiques, les Américains ont développé un instrument similaire à la garantie bancaire, soit la *standby letter of credit*. Il est toujours défendu aux États-Unis, pour une banque, de se porter caution des obligations d'un tiers. Il va de soi qu'aux États-Unis, cette dénomination constitue l'expression dominante. Néanmoins, le UCC ne se limite pas à l'appellation même de l'instrument mais plutôt à sa nature, c'est-à-dire: autonome et indépendante. À ce sujet, les Commentaires officiels de la version révisée du UCC § 5-102 (a)10 (1995)* concernant la définition de l'expression *Letter of credit* sont très éloquents:

The label on a document is not conclusive; certain documents labelled "guarantees" in accordance with European (and occasionally, American) practices are letters of credit. On the other hand, even documents that labelled "letter of credit" may not constitute letters of credit under the definition in Section 5-102(a).

*: UCC § 5-102(a)10 (1995): "*Letter of Credit*" means a definite undertaking that satisfies the requirements of Section 5-104 by an issuer to a beneficiary at the request or for the account of an applicant or, in the case of a financial institution, to itself or for its own account, to honor a documentary presentation by payment or delivery of an item of value. Il va sans dire que le UCC § 5 est applicable au lettre de crédit comme au stand-by.

l'évolution de cet instrument juridico-financier. Comme son nom l'indique, ce type de garantie est généralement offert par les banques, mais d'autres institutions financières sont susceptibles de proposer ce service à leur client.

Il va sans dire que l'expression « garantie bancaire » n'est pas utilisée dans le sens traditionnel du mot garantie, qui réfère normalement à une sûreté accessoire au contrat principal mais plutôt dans le sens d'une garantie indépendante (*independent guaranty*), telle que définie par la doctrine de façon générale.

Définitions. La garantie bancaire a généralement comme fonction d'assurer les obligations du débiteur (donneur d'ordre) envers le créancier (bénéficiaire) lors de pourparlers pré-contractuels, ou lors de l'exécution du contrat de base. Le contrat principal contiendra généralement une clause prévoyant que l'une des parties au contrat, en l'occurrence le débiteur, offrira à son cocontractant une garantie bancaire dans le but de garantir la bonne exécution de ses propres obligations au contrat. En d'autres termes:

« C'est un engagement de payer une certaine somme, pris en considération d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante du contrat garanti et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat »⁶.

La garantie bancaire prévoit les termes et les conditions selon lesquels la banque pourra effectuer le paiement de la somme prévue à la garantie au bénéficiaire. Il est à noter que ces conditions sont généralement déterminées par les parties au contrat principal. L'offrant de la garantie, le donneur d'ordre, où suivant le contexte du contrat de base, pourrait être identifié comme l'exportateur de marchandises, l'entrepreneur, le maître d'œuvre, donne instruction à sa banque (le garant) d'émettre une garantie bancaire en faveur du créancier, le bénéficiaire où suivant le contexte du contrat de base pourrait être désigné comme importateur, maître d'ouvrage. La banque n'a donc qu'un rôle mineur dans la détermination de ces conditions.

⁶ Philippe SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2e éd, Paris, Litec, 1991, p. 676; Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 1.

La garantie bancaire est un le contrat entre deux parties, soit le garant et le bénéficiaire. Le donneur d'ordre n'est donc pas partie, directement, au contrat de garantie⁷. Cette relation tripartite est fréquemment complétée par un quatrième segment communément appelé contre-garantie ou garantie indirecte. Le bénéficiaire exigeant que la garantie lui soit délivrée par un banquier de son pays, le donneur d'ordre demandera à son banquier d'émettre ladite garantie en faveur de la banque du bénéficiaire, laquelle fera de même envers le bénéficiaire.

Cette relation quadrangulaire peut s'illustrer de la façon suivante:

Banque contregarante Banque confirmatrice Seconde banque Banque notificatrice	Contregarantie Garantie indirecte Garantie compensatoire	Banque garante Première banque
	Contrat de base	Garantie
<i>Donneur d'ordre</i> Exportateur Vendeur Entrepreneur Maître d'œuvre Débiteur Titulaire de compte		<i>Bénéficiaire</i> Importateur Acheteur Maître de l'ouvrage Créancier

La contre-garantie. C'est principalement pour des considérations d'ordre pratique et d'efficacité que le garant et le bénéficiaire exigent de transiger par l'intermédiaire de la banque locale

⁷ Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade*, Amsterdam, Klumer, 1990, p. 9.

de ce dernier⁸. Elle agira, selon les circonstances, en tant que banque correspondante ou encore en tant que banque notificatrice⁹.

La relation entre les deux banques peut se résumer ainsi: la première banque (contre-garante) mandate la seconde (garante) d'émettre une garantie en faveur du bénéficiaire, et en contre-partie, une contre-garantie de « remboursement » est offerte par la première banque à la seconde¹⁰. Il va sans dire que la banque garante est soumise au même devoir de vérification que la première banque et doit également appliquer les règles et les conditions du contrat de garantie (contre-garantie) qu'elle a émis¹¹, selon les stipulation de la première banque¹².

Nous verrons plus loin que la relation entre les deux banques dans l'évaluation du risque de la garantie n'est pas sans importance. Nous examinerons préalablement d'où origine la garantie, pour mieux comprendre leurs utilisations actuelles.

⁸ Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 42.

⁹ Selon la désignation, les rapports juridiques seront modifiés entre le garant et le contre-garant. La banque intermédiaire est susceptible de jouer trois rôles différents, soit notificatrice, désignée ou encore confirmante. La banque notificatrice est généralement qualifiée de mandataire de la banque émettrice (Com. 28 janv. 1992, RJDA 1992.295, n° 373; Com. 28 janv. 1992, D. 1992, somm. 304, obs. Vasseur). La banque désignée est celle autorisée par le crédit, suivant le cas, à payer le bénéficiaire à vue ou de manière différée, à accepter les traites tirées par celui-ci ou à négocier. Elle est également mandataire de la banque émettrice pour la réalisation du crédit (RUU 500, art. 9). La banque confirmante, à la différence des banques intermédiaires, prend un engagement ferme et indépendant de la garantie ou de la lettre de crédit envers le bénéficiaire. Dominique DOISE, J.-Cl. éd Th., fasc. 482., n° 38-50.

¹⁰ Il y a lieu de noter que les systèmes de droit civil et de common law utilisent une terminologie différente. La banque qui reçoit le mandat de son titulaire de compte se nomme en common law première banque et en droit civil seconde banque. Il en est de même de la banque qui émet la garantie au bénéficiaire. En common law elle se nomme seconde banque et en droit civil, première banque.

¹¹ La contre-garantie doit également prévoir la durée de sa validité. Celle-ci correspond généralement à la même période que la garantie, plus quelques jours supplémentaires pour permettre le remboursement de la garantie elle-même. Elle doit aussi spécifier le montant maximum couvert par la contre-garantie, qui correspond également au montant maximum de la garantie. La monnaie et le taux d'intérêt devront aussi être spécifiés, de même qu'une clause prévoyant le droit et la juridiction applicable en cas de litige entre les deux banques.

¹² Cette affirmation se doit d'être nuancée. Bien que les principaux auteurs français (Gavalda, Soufflet, Simler, Vasseur, Legeais) s'accordent pour dire que la contre-garantie est généralement libellée en des termes comparables à ceux de la garantie principale, ce n'est pas une nécessité. Le principe de l'autonomie de la contre-garantie fait en sorte que son exécution n'est subordonnée qu'aux conditions qui y sont expressément énoncées. Conséquemment, ces conditions pourraient être différentes de celles de la garantie principale. *Contra*: R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 165; B. KLEIN et J.A. CREMADES, « Discussion », dans *les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours, Paris, Éditions du Moniteur, 1981, p. 423.

2. GENÈSE DE LA GARANTIE BANCAIRE

L'économie mondiale a subi plusieurs mutations depuis le début du siècle¹³. Ainsi, pendant la période de forte croissance économique occidentale et jusqu'à la crise du pétrole, la demande l'emportait globalement sur l'offre: c'était un marché de vendeur¹⁴. Cette période fut très propice au développement des garanties de paiement, telles le crédit documentaire.

Cette situation a été progressivement inversée après 1970, sous l'effet conjugué de la récession des économies développées et de l'afflux de capitaux dans les pays producteurs de pétrole¹⁵. Du point de vue commercial, la première conséquence de cette nouvelle structure des échanges a été le renversement du rapport de force entre l'exportateur et l'importateur. Le commerce mondial est alors passé d'un marché vendeur à un marché acheteur¹⁶.

Il y a lieu de noter, au passage, que les transactions commerciales internationales devenaient à l'époque de plus en plus complexes. L'investissement financier de chacune des parties au contrat était également plus important et, pour des périodes plus longues. Les risques commerciaux assumés par le créancier devenaient alors démesurés au regard des garanties qu'il pouvait obtenir de son débiteur¹⁷.

13 Nous énumérerons simplement les périodes qui ont marqué l'histoire économique de notre siècle: l'accession des États-Unis à la tête de l'économie mondiale, la crise économique de 1929, la codification des « Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires », le déclin de l'Europe au profit des puissances d'Outre-Atlantique, la signature des accords de *Bretton Woods* en 1945, dès le début des années cinquante, une croissance constante des exportations mondiales de l'ordre de 7 p. 100 durant un quart de siècle; Tuto ROSSI, *La garantie bancaire à première demande*, Le Mont-sur-Lausanne, Méta Éditions SA, 1990, pp. 27-55.

14 Se trouvant dans une position de force, le vendeur, exigeait, au moment d'une vente un important dépôt et le solde payable à la livraison.

15 Ce qui leur permit d'entreprendre des projets importants en vue de la modernisation de leurs infrastructures (routes, aéroports, hôpitaux, systèmes de communication, défense nationale et autres).

16 Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 10; T. ROSSI, *op. cit.*, note 13, pp. 27-55; voir: GALVADA et STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *Rev. trim. dt. com.* 1980.I.n° 2; DUBISSON, « Le droit de saisir les garanties bancaires émises dans les marchés internationaux », J.C.P. éd. C.I. 1982.II.13813, n° 3.

17 R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 9.; Pierre VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983, p. 348.

Dans ce contexte mercantile, le recours aux sûretés traditionnelles, tant réelles que personnelles, était irréalisable¹⁸ ou tout simplement inefficace¹⁹ pour les créanciers. Les garanties telles que les cautionnements ou les garanties secondaires, dépendantes du contrat principal, n'offraient donc pas la sécurité requise pour ce type de transaction: l'exportateur pouvait, au moment de la demande de paiement, invoquer les défenses inimaginables pour se soustraire à son obligation de payer la somme prévue à la sûreté²⁰. L'importateur se voyait contraint d'entamer de longues et coûteuses procédures judiciaires pour tenter d'obtenir une compensation monétaire par suite du défaut de l'exportateur²¹.

Les créanciers-bénéficiaires ont commencé à demander plus de sécurité, dans la qualité des prestations offertes par les débiteur-donneur d'ordre pour contrebalancer la rigueur des paiements par crédit documentaire²². La pratique du commerce international s'est alors tournée vers des

18 Ces garanties traditionnelles exigent des conditions préalables à leur utilisation qui, dans plusieurs cas, n'existent pas pour ces commerçants. Cela nécessite entre autres choses une fiabilité des partenaires, similaire au lien de proche au lien de proche. Lorsque les relations économiques entre partenaires étrangers sont anciennes et que les systèmes juridique et juridictionnel sont proches, les sûretés traditionnelles sont susceptibles de remplir le même office qu'en droit interne; Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 9.

19 Les sûretés traditionnelles nécessitent, pour leur sanction, une initiative judiciaire de la part du créancier. Sur le plan des affaires internationales, le contentieux étant très aléatoire pour les entreprises, celles-ci recherchent des procédés qui exigent, pour être efficaces, que le créancier n'ait pas à prendre l'initiative du contentieux; Patrice LEVEL, « Le droit des sûretés pratique et perçu dans l'entreprise », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), *op. cit.*, note 17, p. 517.

20 P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 17, 348.

21 R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 2.

22 Les acheteurs exigeaient des exportateurs, à titre de garantie d'exécution, un gage, déposé, en espèce ou en valeurs, en mains propres ou auprès de leur banque. Cette solution, bien que très satisfaisante pour le créancier en raison de la liquidité d'une telle garantie, était très lourde et onéreuse pour le débiteur. Les exportateurs ont vite fait de trouver une solution moins coûteuse: un crédit par simple signature consenti par une banque, c'est-à-dire un engagement bancaire de payer au créancier la somme représentative du dépôt de garantie. Ces formules de garanties soustrayaient l'exportateur des charges découlant du dépôt en garantie, tout en conférant à l'importateur des droits semblables à un dépôt de caution. Selon l'auteur Rossi, ces formules étaient calquées sur le modèle américain des « lettres de crédit stand-by », c'est-à-dire des crédits documentaires utilisés non comme système de paiement mais comme système de garantie. Il s'agissait d'un moyen original de garantie selon lequel, en principe, il n'existe aucune relation juridique entre la garantie et le rapport juridique garanti (le contrat de base entre l'exportateur et l'importateur). La demande de paiement de cette nouvelle garantie ne devait se heurter à aucun obstacle. Nul exception ne devait lui être opposée, notamment en référence au contrat de base. Elle entraîne automatiquement le versement prévu à la garantie. L'importateur se retrouve alors dans une situation aussi sûre que celle du dépôt de garantie, qu'il exigeait initialement; T. ROSSI, *op. cit.*, note 13, p. 38. La recherche de cette équivalence dans le résultat explique la prédilection pour la garantie bancaire internationale payable à première demande; Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 11. Nous concluons avec un commentaire non équivoque du professeur Vasseur résumant la nature de la garantie: « L'ordonnance

garanties plus simples, plus faciles d'accès et plus efficaces, telles les garanties bancaires internationales, en vertu desquelles le créancier n'a pas à entamer une procédure contentieuse pour obtenir le versement de la somme d'argent garantie.

La garantie bancaire à première demande a donc été (et demeure) la sûreté exigée par les acheteurs. Elle assure à son bénéficiaire une parfaite sécurité, ce qui permet de maintenir, par ailleurs, un certain équilibre dans les risques assumés par les divers partenaires contractuels²³. La garantie bancaire joue également un rôle complémentaire dans les transactions où l'importateur se voit dans l'obligation d'ouvrir un crédit documentaire en faveur du vendeur²⁴. Commentant un arrêt de la Cour de cassation concernant une affaire de garantie à première demande, Vasseur résume habilement ce concept:

« Il convient en effet de prendre acte que le commerce international entre parties qui ne se connaissent pas repose sur la méfiance de chacun envers l'autre. Cette méfiance a pour traduction juridique le crédit documentaire et la garantie autonome, dont l'utilisation est à l'origine d'engagement en sens envers. »²⁵

Les garanties bancaires se sont ainsi multipliées dans les contrats internationaux depuis le début des années soixante-dix²⁶. Elles sont aujourd'hui une donnée constante de ces contrats et

témoigne d'une méconnaissance totale du régime juridique des garanties à première demande; la cour d'appel a mis bon ordre. Tous les juges français n'ont pas encore compris ce qu'était la garantie autonome, indépendante, abstraite, substitut d'un dépôt d'espèce, d'or ou de valeur. » Paris, 15 fév. 1989, D. 1989. Somm. 158, obs. Vasseur.;

²³ P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 17, 348.

²⁴ André PRÜM, *Les garanties à première demande*, Paris, Litec, 1994, p. V.; Com. 15 déc. 1986: D. 1990, somm., 198, obs. Vasseur. Nous soulignons les précieux commentaires du professeur Vasseur qui ne résume on ne peut mieux le principe précédemment mentionné dans le corps du texte: « L'arrêt de la Cour de cassation, retiendra l'attention en tant qu'il fournit l'exemple de la constatation souvent effectuée en doctrine, selon laquelle la garantie indépendante et le crédit documentaire sont les procédés par lesquels les parties à un marché assurent leur protection jumelée chacune à l'égard de l'autre. À chacun sa technique, à l'origine au demeurant d'engagements de même nature. Pour le vendeur: un crédit documentaire à ouvrir en sa faveur par la banque de l'acheteur. Pour l'acheteur, une garantie de bonne fin à lui consentie par le banquier du vendeur. »

²⁵ Com. 15 déc. 1986: D. 1990, somm., 198, obs. Vasseur (nous soulignons).

²⁶ J. STOUFFLET, J.-Cl. Ban. et Crédit, fasc. 610, n° 1: Dans les années soixante-dix, le commerce mondial étant un marché d'acheteur, ces derniers ont pu obtenir des concessions importantes de la part des exportateurs. Ceux-ci ont, entre autres, accepté des clauses de garantie bancaire de plus en plus contraignantes. Les garanties étaient rédigées d'une manière telle qu'elles permettaient à son bénéficiaire d'en demander le prolongement presque indéfini ou même de la reconstituer après la demande de paiement; *infra*, II, 4.3. Selon l'auteur Rossi, « les exportateurs ont été à la fois victimes et complices de l'aggravation de leurs obligations contractuelles. Victimes parce que la concurrence des offres réduisait sensiblement leur possibilité de négociation; complices,

sont même devenues depuis quelques années une condition *sine qua non* de nombreux marchés²⁷. Nul autre que le juge Kerr, dans l'une des premières cause impliquant une garantie bancaire internationale, a su mieux exprimer leur importance: *they are the life-blood of international commerce*²⁸. Le juge Ackner, dans l'affaire *United Trading*, reconnaît clairement cette importance :

While acceptance that the letters of credit and performance bonds are part of the essential machinery of international commerce ... ²⁹.

Les commerçants internationaux ont donc été séduits par l'efficacité et par la simplicité apparente de la formule, qui s'inspire du crédit documentaire³⁰. L'indépendance de la garantie par rapport au contrat de base rend donc cet instrument apte à couvrir une panoplie de risques diversifiés³¹. Elle est applicable à tous les stades du déroulement de l'opération d'exportation, de la phase des pourparlers à la garantie du résultat économique final³².

Les garanties bancaires sont, par ailleurs, fréquemment utilisées dans le cadre de projets de construction internationaux. Les diverses formes de garanties, telles les garanties de soumissions, de remboursement et de bonne exécution, peuvent être utilisées par l'entrepreneur et le maître d'ouvrage pour différentes phases du projet³³.

car l'occasion de pouvoir s'adjuger des marchés généralement très fructueux les portait trop souvent à sous-estimer l'importance des garanties demandées. » T. ROSSI, *op. cit.*, note 13, p. 52.

²⁷ Voir: p. 96, commentaire de Vasseur concernant la pratique généralisée de la garantie à première demande.

²⁸ *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. et al. v. National Westminster Bank Ltd. et al.* [1977] 2 All E.R. 862 (juge Kerr).

²⁹ *United Trading Corporation S.A. v. Allied Arab Bank Ltd.*, [1985] 2 Lloyd's Rep. 554, 561.

³⁰ A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p V.

³¹ La garantie bancaire permet également au créancier-bénéficiaire d'obtenir une solide indication de la situation financière de son débiteur (le donneur d'ordre de la garantie). Ainsi, advenant le refus d'une banque d'offrir la garantie recherchée par le débiteur il sera alors difficile pour un créancier de lui accorder sa confiance, indispensable pour établir une relation d'affaires.

³² T. ROSSI, *op. cit.*, note 13, 51.

³³ *Supra*, section: « Les types de garanties », p. 52 et s.

3. SECTION PRÉLIMINAIRE SUR LA NOTION DE RISQUE

Dans le cadre de la garantie indépendante, plusieurs mécanismes de paiement peuvent être utilisés. Ce sont les conditions de paiement qui forment, en quelque sorte, le cœur de la garantie bancaire. Ces conditions détermineront les avantages qui en découlent pour le bénéficiaire et le risque auquel s'expose le donneur d'ordre. La notion de risque constitue l'un des aspects les plus importants dans le cadre des relations entre les différentes parties aux contrats. Tel que nous l'avons mentionné dans section « *Genèse de la garantie* », la garantie bancaire s'inscrit dans le cycle de l'évolution du commerce international. Elle a, entre autres, comme conséquence de déplacer le niveau de risque sur les épaules du donneur d'ordre.

Le transfert de risque. La garantie procurera ainsi au bénéficiaire une diminution du risque contractuel, tandis que le donneur d'ordre verra son niveau de risque augmenter proportionnellement³⁴. La gradation de ce transfert de risque dépendra, entre autres choses, des conditions et des modalités de paiement prévues à la garantie³⁵.

De façon pratique, la garantie à première demande a pour résultat de renverser totalement le fardeau de risque sur les épaules du donneur d'ordre. Elle place ainsi le bénéficiaire dans une position de force par rapport au donneur d'ordre. Dans plusieurs cas, cette position constitue un avantage déloyal^{35.1} en faveur du bénéficiaire, lui permettant d'exercer de fortes pressions envers le donneur d'ordre.

³⁴ Pour le professeur Pierre Van Ommeslaghe, ces garanties sont nées de la nécessité d'assurer au créancier une meilleure protection et de le mettre à l'abri des recours et des moyens de défense dont abuse souvent la caution. Dans ces circonstances, la garantie assure un meilleur équilibre entre les droits et les intérêts des cocontractants; P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 17, 348.

³⁵ Voir: section « Clause de paiement de la garantie »; en résumé: la garantie de paiement à demande représente la situation la moins contraignante pour le donneur d'ordre. Viennent ensuite la garantie dite documentaire puis la garantie soumise à l'arbitrage. Comme nous le verrons plus loin, une multitude de facteurs peuvent influencer et modifier le niveau de risque découlant de la garantie, mais les principaux facteurs demeurent les conditions directement reliées au paiement même de la garantie.

^{35.1} Voir page 15, second paragraphe;

Toute exigence additionnelle dans les conditions de paiement de la garantie, telle qu'une demande de paiement dite « justifiée », a comme conséquence de diminuer pour le donneur d'ordre le risque occasionné par ce type de garantie. Ainsi, le bénéficiaire fera preuve d'une plus grande retenue avant de demander le paiement de la garantie à première demande justifiée, surtout si cela implique qu'il doit faire une fausse déclaration en ce qui concerne le défaut du donneur d'ordre³⁶.

Toutes les autres exigences additionnelles, telles que la production de certains documents, font supporter au bénéficiaire une part de risque supplémentaire qu'il n'avait pas dans le cadre d'une simple garantie à demande. Par exemple, le bénéficiaire pourrait se voir refuser une demande de paiement de la garantie, faute d'être capable de se procurer, dans le délai prescrit, le ou les documents requis par la garantie. Ainsi la garantie documentaire diminue les risques occasionnés par la garantie à demande, puisqu'aucun paiement ne pourra être fait au bénéficiaire, à moins qu'il ne produise les documents requis par la garantie. Conséquemment, les risques d'abus sont considérablement diminués. Le bénéficiaire se retrouve alors dans une situation moins avantageuse dans laquelle son pouvoir d'imposer ses propres exigences, quant à la réalisation du contrat, est nettement diminué.

Les conséquences du transfert de risque. Comme le transfert de risque occasionne un déséquilibre des positions traditionnelles de chaque partie au contrat, le bénéficiaire de la garantie se retrouve dans une position plus favorable qui lui permet d'exiger davantage du donneur d'ordre.

³⁶ Les commentaires du professeur Vasseur sur la décision de la Cour de cassation du 19 février 1991 sont à cet égard très éclairants: « En effet par le bénéficiaire appelant la garantie de premier rang, que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations, n'a d'autre fin — comme l'avait jugé la cour d'appel — que d'imposer au bénéficiaire de se prévaloir de l'inexécution, par le donneur d'ordre, de ses obligations, de lui faire prendre conscience de la responsabilité qu'il assume en faisant appel à la garantie et de faciliter le recours au donneur d'ordre à son encontre, fondé sur l'inexactitude de cette affirmation et sur la possibilité, pour lui, d'apporter la preuve qu'il a exécuté toutes ses obligations. Nonobstant l'indépendance de la garantie de premier rang par rapport à la contre-garantie, l'affirmation corrélatrice, par la banque garante de premier rang, appelant la contre-garantie, que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations, n'a d'autre fin que "de faire passer" le message du bénéficiaire au donneur d'ordre. » Com. 19 fév. 1991, J.C.P. Éd. G. 1991.II.21670, obs. Vasseur (nous soulignons); *infra*, note 305.

L'un des rôles joués par la garantie est de permettre au bénéficiaire de mettre de la pression³⁷ sur le donneur d'ordre, le débiteur du contrat de base, pour qu'il exécute correctement le contrat principal. Moins juridique mais tout aussi important est le rôle dit « psychologique » joué par la garantie à première demande³⁸. Celle-ci permet au bénéficiaire d'exercer une pression sur le donneur d'ordre afin qu'il remplisse, à la satisfaction du bénéficiaire, le contrat de base. Cette menace pèse constamment sur les épaules du donneur d'ordre et constitue certainement une motivation à s'exécuter promptement et adéquatement. Le véritable rôle de la garantie est d'assurer la bonne exécution des obligations prévues aux contrats de base³⁹.

La position du bénéficiaire. Prenons le cas d'un contrat de construction dans lequel aucune garantie bancaire n'aurait été donnée au maître d'ouvrage. Advenant que le maître d'œuvre n'exécute pas ses obligations prévues au dit contrat, le maître d'ouvrage sera alors forcé d'entreprendre des procédures judiciaires contre l'entrepreneur afin d'obtenir sa prestation. Plusieurs mois s'écouleront avant d'obtenir un jugement, qu'il devra tenter de l'exécuter ou de faire exécuter. Il s'agit d'un risque très coûteux pour l'acheteur, en temps et en argent.

La garantie bancaire offre au créancier, bénéficiaire de la garantie, une sûreté contre la non-exécution des obligations du débiteur prévues au contrat de base. Elle permet à l'acheteur d'être immédiatement dédommagé en cas de défaut d'exécution de la part du vendeur, sans même avoir à prouver le défaut d'exécution de son débiteur⁴⁰. C'est ce que l'on appelle le caractère liquide de la

37 Un certain pouvoir de contrainte, selon la terminologie du Professeur Prüm; A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 75.

38 Cet aspect s'applique moins dans le cadre de garantie ayant comme condition de paiement, la soumission de documents ou l'arbitrage.

39 Pour le professeur Bertrams la fonction essentielle de la garantie consiste à assurer l'exécution de l'obligation du principal plutôt que d'assurer une compensation financière en cas d'inexécution: *With a view to the fact that the percentage of actual calls for payment is very small one should justifiably argue that the prime function of first demand guarantees is to assure performance, rather than to assure financial compensation for non-performance. The actual utilisation of his legal rights must be regarded as an ultimum remedium*; R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 20; John F. DOLAN, « Efforts at International Standardisation of Bank Guarantees », (1990) 4 *B.F.L.R.* 243.

40 Dans le cadre de la garantie à première demande, le bénéficiaire n'a qu'à faire la demande de paiement, auprès du garant, sans justification aucune. Toutefois, le bénéficiaire sera contraint de produire certains documents, voire

garantie. Il s'agit, dans le cadre de la garantie à première demande⁴¹, d'un renversement complet du risque envers le vendeur qui se voit contraint d'exécuter ses obligations au contrat de base, et ce, à l'entière satisfaction de l'acheteur. Certains auteurs américains vont jusqu'à qualifier la garantie à première demande de « garantie suicidaire » (*suicide letters of credit*)⁴². Le donneur d'ordre se place en quelque sorte dans une situation vulnérable, alors que le bénéficiaire peut exercer d'énormes pressions pour obtenir pleine satisfaction et même davantage. Comme nous le verrons dans la dernière partie, ce déséquilibre créé par la garantie a aussi pour conséquence la quasi-impossibilité, pour le donneur d'ordre, de se prémunir contre toute pratique frauduleuse de la part du bénéficiaire.

Pour le bénéficiaire, la garantie indirecte, contregarantie, constitue un avantage supplémentaire dans l'évaluation du risque. Dans le cas d'une demande de paiement de la part du bénéficiaire, la banque émettrice (le garant) sera généralement plus favorable à le payer immédiatement. Dans le cadre d'une contregarantie, le bénéficiaire est avant tout un client du garant, ce qui ne sera généralement pas le cas du donneur d'ordre. La garantie sera normalement régie par le droit et par la pratique locale du bénéficiaire⁴³, ce qui n'est pas sans importance à plusieurs égards et particulièrement en ce qui concerne la question de la période de validité de la garantie⁴⁴. Cela permet également d'éliminer les risques concernant la monnaie légale et les taux de change.

La garantie bancaire peut quand même comporter certains risques pour le bénéficiaire. Ce sont essentiellement les conditions de paiement qui influenceront leur niveau de risque. Une garantie documentaire, exigeant la production de certains documents, provenant parfois de tiers, peut se

soumis à l'arbitrage, afin de prouver le défaut du donneur d'ordre, selon les conditions de paiement prévues au contrat de garantie; *infra*, p. 96

41 Qui est, par ailleurs, la forme la plus fréquente dans la pratique du commerce international.

42 R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 38; les commentateurs officiels s'expriment ainsi à propos de la question de fraude concernant les démarches judiciaires pour stopper une demande de paiement frauduleuse: *The courts should be sceptical of claims of fraud by one who has signed a "suicide" or clean credit and thus granted a beneficiary the right to draw by mere presentation of a draft*; Uniform Commercial Code (ULA) § 5-109 (a) comment (1995).

43 *Infra*, p. 62.

44 *Infra*, p. 87 ss.

révéler impossible à exécuter. Ainsi, le bénéficiaire pourrait se retrouver dans une situation où, bien qu'il ait une réclamation de paiement à faire valoir auprès de la banque garante, il soit incapable de se procurer le bon document prévu à la garantie pour obtenir le paiement de celle-ci, et ceci malgré le défaut de son débiteur. Dans le cadre d'une garantie où la demande de paiement est soumise à l'arbitrage, cette condition de paiement neutralise pratiquement tout avantage conféré par la garantie au bénéficiaire.

Dans l'évaluation du risque, il faut également tenir compte de la conséquence pratique que peut engendrer une utilisation abusive du pouvoir du bénéficiaire découlant de la garantie, tel que celui d'exercer une pression constante en invoquant la possibilité de demander paiement de la garantie. Par exemple, dans le cas d'une demande de paiement de la garantie sans motif raisonnable, cela aura vraisemblablement comme conséquence une rupture définitive du lien contractuel entre les parties au contrat principal. Le bénéficiaire pourra alors se retrouver avec un projet à moitié complété, représentant peu de valeur. Il sera aussi dans une situation dans laquelle il sera difficile de trouver un autre cocontractant pour terminer son projet de construction, par exemple.

La position du donneur d'ordre. Comme nous l'avons mentionné, la garantie bancaire comporte un transfert de risque envers le donneur d'ordre. En termes concrets, cela signifie que le bénéficiaire peut exiger le paiement de la garantie, sans que le donneur d'ordre puisse l'en empêcher. Comme nous le verrons dans les sections Conditions d'application de l'exception de fraude et d'abus manifeste et Preuve du caractère manifestement abusif ou frauduleux, le transfert de risque ne signifie pas un simple renversement du fardeau de la preuve. Le niveau de preuve exigé pour stopper une demande de paiement est si élevé qu'il est quasiment impossible de convaincre le tribunal de son caractère frauduleux⁴⁵. Ainsi, advenant qu'il y ait contestation de la part du donneur d'ordre quant aux motifs justifiant la réclamation du bénéficiaire, celui-ci devra, faute d'entente entre les parties, entreprendre des procédures judiciaires appropriées⁴⁶. À défaut, il

⁴⁵ *Infra*, pp. 118 et 126.

⁴⁶ Il s'agit d'un progrès dans le cadre de l'évolution de la protection de la position du donneur d'ordre. Dans une affaire récente *Themehelp Ltd v. West*, [1996] L. Rep. 84 (C.A.), la Cour d'appel britannique a émis une

devra intenter une action en dommage pour obtenir le remboursement de la somme contestée par le donneur d'ordre.

Les contrats de construction constituent donc l'exemple type de l'utilisation de la garantie bancaire de bonne exécution. La nature même de ce genre de contrat fait en sorte qu'il est régulièrement la cause de nombreuses discordes entre les cocontractants. Par contre, il est très rare qu'elle donne lieu à une demande de paiement de la part du bénéficiaire. Cela s'explique en partie par le pouvoir de contrainte qu'exerce la garantie sur le donneur d'ordre. De façon pratique, on désigne cette contrainte par l'expression suivante: « payez d'abord et discutez ensuite » (*pay first, argue later*). Ainsi, pour éviter que le bénéficiaire demande le paiement de la garantie, le donneur d'ordre se plie généralement aux exigences de ce dernier, malgré que ses obligations aient déjà été totalement exécutées.

La contre-garantie constitue, de surcroît, un facteur d'aggravation du risque pour le donneur d'ordre. Selon les termes et les conditions de la garantie compensatoire (*counter-guarantee*), celle-ci pourrait occasionner des imbroglios pour le donneur d'ordre, advenant l'exécution de la garantie. Entre autres, lorsque la contre-garantie prévoit des conditions de paiement ou de remboursement différentes de celles de la garantie, celles-ci peuvent désavantager le donneur d'ordre⁴⁷. Elle peut avoir des conséquences désastreuses pour le donneur d'ordre. Ainsi, il peut se voir imposer le remboursement de la somme payée par le contre-garant, par suite du paiement par ce dernier de la contre-garantie. Selon Bertrams, il serait même quasiment impossible pour le donneur d'ordre

injonction interdisant au bénéficiaire de procéder à la demande de paiement. Il s'agit d'une première dans les annales judiciaires de la garantie bancaire. La procédure usuelle consistait à demander au tribunal d'ordonner au garant ou au contre-garant de ne pas procéder au paiement de la garantie, puisqu'il s'agissait d'une demande de paiement abusive et/ou frauduleuse, le fardeau de la preuve reposant sur le dos du requérant, le donneur d'ordre.

⁴⁷ L'un des aspects les plus controversés concernant la relation entre le garant et le contre-garant, est certainement la question de la vérification de la conformité de la demande de paiement de la part de la banque contre-garante, c'est-à-dire: la contre-garante a-t-elle la responsabilité de s'assurer du travail de vérification exécuté par la garante? Cette question sera traitée ultérieurement. D'autres situations peuvent également influencer la position du donneur d'ordre par rapport au bénéficiaire, découlant directement de la contre-garantie.; R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, pp. 62, 138, 166.

d'obtenir une injonction contre la banque garante, basée sur la prétention d'une fraude commise par le bénéficiaire, pour l'empêcher de procéder au paiement de la garantie⁴⁸.

La garantie directe est, de ce point de vue, tout de même plus intéressante pour le donneur d'ordre. Elle lui procure plus ou moins les mêmes avantages que ceux de la garantie indirecte donnée au bénéficiaire. Dans le cadre de la relation triangulaire, la banque garante tentera, autant que faire se peut, de ménager son principal client, le donneur d'ordre⁴⁹. Elle informera par exemple son donneur d'ordre de toute demande de paiement, ce qui dans bien des cas permettra à ce dernier d'entreprendre des procédures judiciaires appropriées afin de faire suspendre le paiement pour éviter l'exécution de la garantie⁵⁰.

Advenant que le donneur d'ordre soit contraint d'entreprendre des procédures en recouvrement de la somme qu'il prétend indûment payée au bénéficiaire, il augmentera ses chances d'être dédommagé si le contrat de base prévoit que tout conflit sera tranché par un tribunal arbitral situé dans un pays neutre. Néanmoins, il fera face au même type de risque qu'un bénéficiaire sans garantie bancaire.

La position du garant. Est-il nécessaire de rappeler que la garantie bancaire est un engagement unilatéral qui ne crée d'obligations qu'à la charge du garant, soit l'institution financière. Celle-ci s'engage envers le bénéficiaire, selon les termes de la lettre de garantie, pour que ce dernier consente au donneur d'ordre l'avantage subordonné à la constitution de la garantie. Le risque

⁴⁸ R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 62.

⁴⁹ Dans le cadre d'une garantie directe, la garantie est généralement émise par la banque du donneur d'ordre. C'est pour cette raison que nous considérons que, même dans le cas d'une garantie bancaire, le bénéficiaire ne supplante pas le donneur d'ordre dans sa relation commerciale avec la banque et celui-ci demeure le principal client de la banque. Si tel est le cas dans le cadre de la relation commerciale immédiate, cette proposition ne tient plus lors d'un litige impliquant l'exécution de la garantie et plus particulièrement concernant les obligations de la banque en vertu du contrat de garantie. À ce stade, la réputation de la banque et de l'institution au niveau international primera à celle de son client. Voir: *Ash v. Lloyd's Corp.*, [1992] 8 O.R. (3d) 282. Il n'est pas rare que la banque en appelle de la décision de première instance, lui ordonnant de ne pas respecter son engagement envers le bénéficiaire, simplement pour préserver la fiabilité de l'instrument financier et sa réputation.

⁵⁰ Au surplus, le garant peut retarder le paiement de la garantie en demandant des informations additionnelles au bénéficiaire, lorsque la situation le permet.

encouru par le garant doit s'évaluer en tenant compte du rôle qu'il joue dans le cadre de la relation triangulaire ou quadrangulaire.

L'obligation du garant dans le contrat de garantie bancaire peut se résumer ainsi: il émet la garantie, et dans le cas d'une demande de paiement, il effectue le versement stipulé à la garantie et ce, à condition que les termes et les exigences prévus soient réalisés et qu'il obtienne ensuite un remboursement immédiat, de la part du donneur d'ordre, du montant payé. Généralement, cette dernière opération consiste tout simplement à débiter le compte du donneur d'ordre. La banque agit en quelque sorte comme un intermédiaire entre les parties au contrat principal. La part de risque de chacune des parties ne devrait pas s'en trouver modifiée⁵¹.

Il s'agit donc d'un service financier que les banques offrent à leurs clients. En somme, elles ne prennent pas de risques économiques, mais plutôt un risque de crédit, soit celui de ne pas être remboursées par leurs titulaires de compte⁵². Dans le cadre d'une contre-garantie, cette proposition doit être quelque peu nuancée. Le garant, face au contre-garant, se retrouve en quelque sorte dans la même position que le bénéficiaire vis-à-vis du garant. Dans une telle situation, le risque est alors plus important pour la banque⁵³.

Bien que les parties au contrat de base s'entendent sur les modalités de la garantie qui doit être émise en faveur du créancier/bénéficiaire, encore faut-il que le débiteur/donneur d'ordre obtienne cette garantie de sa banque. Pour ce faire, la banque évaluera notamment la situation financière des parties au contrat de base, le projet qu'ils souhaitent garantir, le pays où le projet doit se réaliser, les

51 La seule nuance que l'on puisse apporter concerne le cadre général de garantie, à savoir si elle sera émise directement ou indirectement, tel que nous l'avons mentionné dans les deux sections antérieures concernant le bénéficiaire et le donneur d'ordre.

52 Au moment du remboursement, l'inconvénient majeur auquel le garant peut être confronté, c'est de se retourner contre un donneur d'ordre insolvable. Pour éviter cette situation, le garant exige normalement la constitution d'une sûreté suffisante de la part du donneur d'ordre à titre de condition initiale à l'émission de ladite garantie. Dans le cadre de projets d'envergure, la meilleure garantie pour la banque demeure sûrement celle de s'assurer de la capacité industrielle de son client-donneur d'ordre à mener à terme ledit projet.

53 Plusieurs décisions font état de cette position plus précaire du garant dans le cadre d'une relation quadrangulaire. Ainsi, la presque totalité des recours du garant envers le contre-garant a pour but d'obtenir le recouvrement de la contre-garantie par suite au paiement de la garantie bancaire directe.

lois applicables, etc. Ainsi, une multitude de facteurs sont pris en compte par la banque afin d'évaluer le risque de crédit engendré par le projet et la garantie.

Une fois que le risque de crédit est accepté, la banque n'interviendra que très rarement dans l'établissement des termes et des conditions de la garantie. Ce qui la préoccupe, c'est que les conditions requises pour que la garantie se réalise, soient facilement compréhensibles. Conséquemment, certains éléments devront inévitablement être prévus à même la garantie⁵⁴ afin que la prestation, l'objet de l'obligation, soit déterminable ou déterminée⁵⁵. Il s'agit du montant de la garantie, de la durée de la garantie et des modalités de paiement, le tout conformément aux conditions prévues par les parties au contrat de base⁵⁶.

I. PRÉSENTATION DE LA GARANTIE BANCAIRE

1. NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE.

La garantie bancaire n'est pas, à proprement parler, classifiée dans un domaine particulier du droit⁵⁷. Il existe certainement un rapprochement avec le cautionnement, dont plusieurs en voient un dérivé. La garantie bancaire emprunte la technique juridique du cautionnement, mais en se dégageant du caractère accessoire et subsidiaire⁵⁸. Certains y voient une certaine similarité avec le

⁵⁴ Il va sans dire que, puisque l'objet de l'engagement dépend du seul échange de consentement entre le garant et le bénéficiaire, le montant, le terme et les modalités de l'obligation sont déterminés par les termes de la lettre de garantie; Philippe MAULARIE et Laurent AYNÈS, *Cour de droit civil — les sûretés*, Paris, Cujas, 1993, n° 337 et 340, p. 127, 129.

⁵⁵ « Quelle que soit la nature du contrat de base, la garantie n'a jamais pour objet qu'une somme d'argent. Celle-ci est toujours déterminée, mais il est possible d'assortir le montant de la garantie d'une clause de variabilité [...] ». C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *J.-Cl. Ban. et Crédit*, fasc. 610, n° 16.

⁵⁶ Il s'agit d'ailleurs de normes reconnues par l'ensemble de la communauté commerçante et expressément mentionnées à l'art. 3 RUGD et l'art. 5 CCI 500.

⁵⁷ C'est entre autres la position du professeur Bertrams, auteur d'un impressionnant ouvrage sur les *bank guarantees*, R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, pp. 51 et s.

⁵⁸ Le dégagement du caractère accessoire explique que le garant doit payer à première demande et ne peut opposer au créancier les exceptions du débiteur principal; Yvon LOUSSOURAN, « Les sûretés personnelles traditionnelles en droit international privé », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), *op. cit.*, note 17, p. 431; Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 9.

crédit documentaire⁵⁹. D'autres pensent plutôt qu'il s'agit d'un contrat qui s'analyse en vertu de la *lex mercatoria*⁶⁰. L'opinion majoritaire⁶¹, tout comme celle de la Cour suprême du Canada, semble toutefois considérer qu'il s'agit en réalité d'un contrat de type *sui generis*. Dans le cadre de l'affaire *Angelica-Whitewear*, l'honorable juge Le Dain résume admirablement la question:

« L'opinion générale paraît être que l'obligation est de nature contractuelle *sui generis* à l'égard de laquelle aucune justification entièrement satisfaisante ne se trouve dans les catégories établies de la théorie contractuelle, mais la reconnaissance judiciaire de sa possibilité d'exécution légale est maintenant incontestable⁶². »

Nous retenons pour notre part que la garantie bancaire est une création du commerce international qui a évolué sur une base transnationale plutôt que sur la base du droit domestique de chaque État.

Ainsi qualifiée, la nature de la garantie doit être précisée. Nous analyserons donc, dans la prochaine section, les principales caractéristiques de la garantie qui la distinguent d'autres institutions dont le cautionnement. Cette section sera divisée en trois parties distinctes. La première portera sur la spécificité de la garantie, la deuxième sur la typologie de la garantie et, finalement, la troisième sur la distinction qui existe par rapport au cautionnement et sur d'autres notions voisines aux garanties.

⁵⁹ Cette opinion est partagée par la Cour suprême du Canada. Michel VASSEUR, « Rapport de synthèse: Le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), op. cit., note 17, p. 325.

⁶⁰ *Infra*, p. 63

⁶¹ André VILLEREY, « Les garanties bancaires en droit français », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), op. cit., note 17, p. 266; Mahomed HANNANI, « Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services », (1985) 26 *C. de D.* 668.

⁶² *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, [1987] 1 R.C.S. 82; bien que cette cause concerne un crédit documentaire, nous sommes d'avis que la qualification de cet instrument est applicable à la garantie bancaire, en raison de leur principale caractéristique commune: l'autonomie.

A. Spécificité de la garantie bancaire

*Une garantie à première demande
est une garantie sans âmes.*

M. VASSEUR, obs. sous Versailles,
1 déc. 1988, D. 1989. Somm. 156.

Le professeur Vasseur exprimant son désaccord avec la Cour d'appel de Versailles, écrit que « [la] vérité première de la garantie indépendante [c']est [quelle est] une garantie sans âmes; elle est autonome, abstraite; elle doit jouer dans toute sa rigueur. Au donneur d'ordre de le savoir, lorsqu'il accepte qu'elle soit conférée au bénéficiaire »⁶³.

Ainsi, la garantie bancaire est une sûreté personnelle, indépendante et non accessoire du contrat de base. En d'autres termes, son autonomie et conséquemment l'inopposabilité des exceptions relatives au contrat de base⁶⁴, constituent les éléments déterminants de sa particularité en tant que garantie personnelle. Nous analyserons successivement chacune de ses caractéristiques dans la présente section.

1° Sûreté personnelle

Nous scinderons en deux parties cette analyse, d'une part en vertu des principes et des concepts de droit civil et puis selon ceux de la common law⁶⁵.

Droit civil. On peut définir une sûreté personnelle comme un contrat destiné à assurer au créancier le recouvrement de sa créance par la voie d'une exécution en dehors du patrimoine de son

⁶³ M. VASSEUR, obs. sous Versailles, 1 déc. 1988, D. 1989. Somm. 156.

⁶⁴ Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 17.

⁶⁵ Le professeur Horn définit comme suit la sûreté personnelle: *The generally accepted Common term for these undertakings is "personal security" (Personalsicherheit), because they do not give the creditor access to specific assets as do reservations of title, pledges, mortgages, and floating charges (dingliche Sicherheiten) but provide for a second debtor (surety, guarantor, etc.) whose general credit-worthiness is the security; N. HORN, E. WYMEERSCH, loc. cit., note 1, 457.*

débiteur, par l'adjonction d'un second patrimoine à celui du débiteur garanti⁶⁶. La garantie bancaire répond effectivement à cette définition⁶⁷ puisqu'il s'agit normalement d'un « engagement pris par un tiers à seule fin de garantir à un créancier, l'exécution d'un contrat auquel lui-même est étranger. Une fois la garantie constituée par le garant, le lien avec le contrat de base est occulté »⁶⁸. Il va sans dire que la garantie peut être offerte par un ou plusieurs garants, selon les circonstances et le montage financier du projet en cause.

On peut également noter qu'il s'agit d'un engagement unilatéral de la part du garant. Le professeur Van Ommeslaghe s'exprime ainsi sur le sens de cet engagement du garant:

« Les obligations assumées par les garants sont le résultat, non point de conventions qui feraient suite à une offre émanant d'eux qui serait acceptée par le bénéficiaire, mais de déclarations unilatérales de volonté qui sortissent leurs effets indépendamment de toute acceptation, par le seul fait de leur émission dans des conditions suffisamment certaines et extériorisées.

Dans la garantie à première demande, l'engagement du garant est efficace indépendamment de toute acceptation par le bénéficiaire, par le seul effet de l'émission de la lettre de garantie, tout comme dans le crédit documentaire irrévocable, suivant l'explication dictée par l'observation de la pratique [...]

⁶⁶ Lucien SIMON, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), op. cit., note 17, p. 278; le professeur Anne-Marie Stranart nous faisant remarquer, dans son *rapport de synthèse*, la difficulté des différents intervenants du Colloque à définir l'expression juridico-économique de la « sûreté ». Néanmoins, elle s'aventure à proposer sa propre définition de la « sûreté »: « La sûreté est une institution juridique qui a tantôt pour but et pour effet, tantôt pour effet seulement, de fournir à un créancier donné la garantie du paiement d'une créance, soit dans le patrimoine du débiteur sur un ou plusieurs biens de celui-ci de préférence à un ou plusieurs autres créanciers, soit dans le patrimoine d'un tiers, qui est tenu "*propter rem*" ou qui s'engage personnellement à payer la dette du débiteur, à titre subsidiaire ou principale selon le cas, ou qui s'engage à exécuter une dette propre, dont le paiement éteindra celle du débiteur, en tout ou en partie, sans contribution à cette dette. » Anne-Marie STRANART, « rapport de synthèse », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), op. cit., note 17, p. 567.

⁶⁷ Pour le professeur Georges Van Hecke, « la garantie bancaire à première demande, [] caractérisée par son caractère abstrait, c'est-à-dire indépendant par rapport à la relation contractuelle d'où découle la créance qui doit être garantie, [constitue] la forme la plus typique de sûreté personnelle nouvelle »; Georges VAN HECKE, « Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique », dans A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dir), op. cit., note 17, p. 454.

⁶⁸ Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 18; par contre, il est impossible d'affirmer que le lien est définitivement rompu, comme nous le verrons à la section II, 2°, A., 2.; il demeure toujours possible de faire référence au contrat de base, pour justifier, par exemple, le caractère abusif d'une demande de paiement de la part du bénéficiaire.

Dans la réalité des choses, tous les praticiens le confirmeront, le bénéficiaire de la garantie n'émet pas d'acceptation de celle-ci pour que l'engagement du banquier soit efficace. »⁶⁹

Hannani souligne avec justesse que la doctrine majoritaire appuie cette position⁷⁰. En droit québécois, on peut citer l'une sinon la première décision concernant une lettre de garantie (*irrevocable letter of credit or guarantee*): l'affaire *Lumcorp*⁷¹. Le tribunal est parvenu à la conclusion que la garantie imposait à la banque une obligation absolue de payer le bénéficiaire, indépendamment de toutes disputes entre les cocontractants au contrat de base⁷².

Common law. En droit américain, tout comme au Canada, une garantie est, selon le sens commun, une sûreté accessoire tributaire du contrat principal. Comme nous l'avons précédemment mentionné, les banques américaines n'émettent pas de garanties bancaires car elles seraient jugées *ultra vires*. Pour contourner cette difficulté, elles utilisent dans leurs transactions nationales et internationales, les lettres de crédit stand-by à titre de garantie personnelle, tout comme les lettres de crédit traditionnelles, reconnues mondialement à titre de sûreté principale. Celle-ci crée pour la banque émettrice une obligation principale, indépendante du contrat de base, faisant ainsi abstraction de tous moyens de défense pouvant être soulevés à l'encontre d'une demande de paiement⁷³.

⁶⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *loc. cit.*, note 17, 351.

⁷⁰ M. HANNANI, *loc. cit.*, note 60, 668.

⁷¹ *Lumcorp Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1977] C.S. 993.

⁷² Le juge Aronovitch: *Plaintiff, seeking an interlocutory injunction, is faced with the defendant's letter of credit guarantee which constitutes a bargain between the bank and the beneficiary. There is an absolute obligation imposed on the bank to pay, irrespective of any dispute which there may be between principals, plaintiff [the account party] and Gecist [the beneficiary]; id. (Nous soulignons.)*

⁷³ N. HORN, E. WYMEERSCH, *loc. cit.*, note 1, 472. Les commentateurs officiels du *UCC* ont clairement exprimé cette distinction entre les sûretés accessoires et les sûretés principales dans leurs commentaires de l'art. 5-103:

1. Section 5-102(a)10 [supra, note 26] and 5-103 are the principal limits on the scope of Article 5. Many undertakings in commerce and contract are similar, but not identical to the letter of credit. [...] This article does not apply to secondary or accessory guarantees and it is important to recognize the distinction between letters of credit and those guarantees. It often a defence to a secondary or accessory guarantor's liability that the underlying debt has been discharged or that the debtor has other defences to the underlying liability. In letter of credit law, on the other hand, the independence of principle recognized throughout Article 5 states that the issuer's liability is independent of the underlying obligation. That the beneficiary may have breached the underlying contract thus have given a good defence on that contract to applicant against the beneficiary is no*

Par contre, la common law anglaise reconnaît qu'une sûreté personnelle peut créer une obligation principale indépendamment du contrat de base qu'elle garantit, en quelque sorte. C'est en s'inspirant du concept déjà développé de l'*indemnity*, contrat d'indemnisation, que les tribunaux anglais ont reconnu au garanti le principe de sûreté non accessoire, en particulier les garanties payables à première demande⁷⁴.

Pour terminer, on peut noter que certains auteurs⁷⁵, tout comme leurs confrères civilistes⁷⁶, tentent plutôt de qualifier la garantie bancaire (*bank guarantee*) comme une obligation abstraite⁷⁷.

2° Autonomie de la garantie

L'autonomie de la garantie a pour but de renforcer la fonction de sûreté, qui auparavant était principalement assurée par le cautionnement.

Notion d'indépendance: Il s'agit d'une des caractéristiques essentielles de la garantie bancaire qui joue un rôle fondamental dans la détermination de la qualification de l'instrument à titre de

defence for the issuer's refusal to honor. Only staunch recognition of this principle by the issuers and the courts will give letters of credit the continuing vitality that arises from the certainty and the speed of payment under letters of credit. To that end, it is important that the law not carry into the letter of credit transactions rules that properly apply only to secondary guarantees or to other forms of engagement; Uniform Commercial Code (ULA) § 5-103 (d), Comment 1 (1995) (nous soulignons).

**Art. 5-103 Rights and obligations of a issuer to a beneficiary or a nominated person under a letter of credit are independent of the existence, performance, or nonperformance of a contract or arrangement out of which the letter of credit arises or which underlies it, including contracts or arrangements between the issuer and the applicant and between the applicant and the beneficiary*; Uniform Commercial Code (ULA) § 5-103 (d)(1995) (Nous soulignons.)

⁷⁴ N. HORN, E. WYMEERSCH, *loc. cit.*, note 1, 473; M. HANNANI, *loc. cit.*, note 60, 673.

⁷⁵ R. GOODE, *loc. cit.*, note 1, 192.

⁷⁶ M. HANNANI, *loc. cit.*, note 60, 677; C. GALVADA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale » *Rev. trim. dr. com.* 1980.7; *contra*: À ce sujet, le professeur Poulet émet de fortes réserves: « Bref, la nature abstraite de la garantie automatique est loin d'être évidente et apparaît comme une traduction maladroite de ce caractère non accessoire de la garantie étudiée. » Marc BELLIS et Yves POULLET, « Émergence de la sûreté personnelle non accessoire », dans Henry LESGUILLONS (dir), *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours, Paris, feduci, 1980, p. 159.

⁷⁷ C'est-à-dire détachée de sa cause.

sûreté personnelle indépendante. Elle est, en quelque, sorte le pendant du caractère accessoire du cautionnement.

De façon concrète, l'indépendance de la garantie signifie que la relation juridique qui découle du contrat de garantie n'est pas liée au contrat principal intervenu entre le débiteur et le créancier⁷⁸. Ainsi, le garant prend un engagement direct envers le bénéficiaire. Celui-ci n'implique nullement le donneur d'ordre, une fois que les dispositions nécessaires à l'émission d'une telle garantie ont été négociées entre le donneur et le bénéficiaire. En somme, l'engagement du donneur d'ordre, tel que son appellation l'indique, se limite à donner ordre à sa banque d'émettre ladite garantie, selon les conditions convenues entre les parties au contrat principal.

Conséquemment, une fois que la garantie est émise, le sort du contrat principal qui, somme toute, lui a précédemment donné naissance, n'a plus d'incidence pour l'exécution de la garantie. Concrètement, cela se traduit par l'inopposabilité au garant de toute exception relative au contrat de base.

L'expression de l'autonomie. Pour le professeur Prüm, l'autonomie de la garantie se manifeste à travers le double objet⁷⁹ de l'engagement du garant, soit « la couverture et le règlement »⁸⁰. La première consiste en une sûreté inconditionnelle contre certains risques. Elle est procurée à son bénéficiaire par l'engagement de payer qu'elle implique. Elle définit, en somme, l'étendue de la couverture promise⁸¹.

⁷⁸ C'est en d'autres termes la définition que la Chambre commerciale a donnée à la garantie à première demande dans l'arrêt du 17 octobre 1984: « La garantie à première demande [est autonome] par rapport au contrat pour l'exercice duquel elle est accordée. » Com. 17 oct. 1984, D. 1985.272, note Vasseur.

⁷⁹ L'objet constitue l'un des quatre éléments essentiels à la formation de tout contrat, avec la capacité, le consentement et la cause. Est-il nécessaire de rappeler que « l'objet du contrat [c'est] [...] l'opération juridique principale que les parties avaient en vue et sur laquelle elles ont réalisé l'accord de volonté »; Jean Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993, p. 190. L'objet de l'obligation sera notre principal sujet d'étude.

⁸⁰ A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 75.

⁸¹ Les garanties sont ainsi classifiées selon le risque couvert, soit leur objet. Par exemple, celui de la garantie de soumission est d'assurer le sérieux de l'offrant et de ses offres et d'éviter les ruptures intempestives de négociation. Dans le cas de garantie de restitution d'acomptes, l'objet est d'assurer à son bénéficiaire le

L'engagement du garant a ainsi pour objet de couvrir certains risques, plutôt que l'exécution *stricto sensu* par le donneur d'ordre d'une obligation déterminée. L'aléa couvert découle le plus souvent d'une relation contractuelle conclue entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie. Incidemment, l'objet du contrat permet également de distinguer la garantie du cautionnement⁸².

Le second objet découle du premier. Dès lors que le risque couvert se réalise, le garant doit procéder au paiement garanti⁸³. Le versement d'une somme d'argent dont le montant est déterminé par les seuls termes de la garantie constitue en somme l'objet du règlement auquel s'est engagé le garant. Cet engagement porte sur le règlement d'une somme d'argent; il ne l'oblige pas à répondre des obligations assumées par le donneur d'ordre.

Cette dissociation des obligations assumées par le donneur d'ordre envers le bénéficiaire et l'obligation du garant constituent la condition et le fondement même de son indépendance judiciaire. Le bénéficiaire ne saurait réclamer au garant autre chose que le montant garanti.

Sur ce point, les commentaires du professeur Prüm concernant la caducité de la garantie sont très éloquents:

« Un garant autonome peut-il prétendre que son engagement devient caduc du fait qu'il se trouve privé de tout objet, la couverture promise n'étant plus susceptible d'être assurée? L'hypothèse peut être conçue aisément pour un cautionnement ou toute autre sûreté accessoire qui s'éteint automatiquement avec la dette couverte. Mais elle semble *a priori* inconciliable avec le principe de l'autonomie des garanties à première demande écartant toute influence du rapport fondamental. L'extinction de la dette du donneur d'ordre n'entraîne pas *ipso facto* celle du garant. La durée de la garantie est indépendante de la durée du contrat couvert. Elle ne saurait s'éteindre que par voie principale, pour une cause qui lui est propre, non par voie accessoire »⁸⁴.

remboursement de l'avance si, pour une raison quelconque qui ne lui serait pas imputable, l'exécution des fournitures ou des travaux préfinancés était empêchée; *infra*, p. 37; section: Typologie de la garantie.

82 P. MAULARIE et L. AYNÈS, *op cit*, note 54, p. 126-127. Nous aborderons cette question dans la section suivante, la distinction avec le cautionnement; *infra*, p. 37.

83 A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 76.

84 *Id.*, 127.

Dans une affaire récente, la Cour supérieure du Québec est arrivée à la conclusion que la lettre de crédit stand-by était invalide puisqu'elle était sans objet et sans considération. La Cour a justifié sa décision de la façon suivante:

« [Comme la lettre de garantie fait référence, de façon spécifique, à un programme d'investissement qui lui ne s'est jamais réalisé, en conséquence] le tribunal conclut que la lettre émise est sans considération et sans objet »⁸⁵.

Avec respect pour l'opinion contraire, nous croyons que le raisonnement de la cour est très discutable. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'objet de la garantie est le paiement du montant garanti⁸⁶. La référence au contrat de base pour invalider la garantie, constitue un accroc majeur aux principes de l'autonomie.

Pour terminer, nous mentionnerons que le niveau d'indépendance entre le contrat de base et la garantie n'est pas immuable. Il variera, entre autres choses, selon les conditions de paiement prévues à la garantie. Il va sans dire que c'est la garantie payable à première demande qui possède le niveau d'indépendance le plus élevé. Ainsi, plus il y aura de conditions exigées pour que le bénéficiaire ait droit au paiement de la garantie (telles que la présentation de documents et l'arbitrage), plus le niveau d'indépendance sera tenu entre la garantie et le contrat principal⁸⁷.

⁸⁵ *Stag Managment Canada Ltée c. Banque Royale du Canada* J.E. 94-1631; la cause a été portée en appel (500-09-001452-945) et un règlement est intervenu entre les parties, prévoyant la mise en place d'une marge de crédit garantie par une lettre de garantie, telle que requis dans la procédure d'injonction, rejetée par la Cour supérieure. Voir: Sur la question de la considération, nous nous référerons aux précieux commentaires du professeur Dolan:

There is a measure of confusion in guarantee law. In some jurisdictions, especially Common law jurisdictions, there is tendency to treat the primary guarantee as though it were a species of contract. The principles of laws of contracts, especially those of the Common law of contract, are inappropriate to the law of primary guarantees.

L'auteur fait ensuite référence à divers principes de base des contrats, dont la considération. Il conclut en excluant clairement leur applicabilité à la notion de garantie indépendante:

These features of contract law are incompatible with the nature of the primary guarantee and distort its function. The primary guarantee is a creature of the law merchant, not the law of contract; and these features of contract law deserve it; J. F. DOLAN, loc. cit., note 39, 245. (Nous soulignons.)

⁸⁶ « Quelle que soit la nature du contrat de base, la garantie n'a jamais pour objet qu'une somme d'argent. » C. GAVALDA, J. STOUFFLET, J.-Cl. Ban. et Crédit, fasc. 610, n° 16.

⁸⁷ Cette question sera analysée dans la section portant sur la mise en œuvre et les mécanismes de paiement; *infra*, p. 82.

Tout au long du présent mémoire, nous tenterons de mettre en lumière les diverses expressions de l'autonomie d'une garantie bancaire dans les relations entre le donneur d'ordre, le garant et le bénéficiaire. Nous verrons, notamment, que cette autonomie se manifeste principalement à travers l'objet de l'engagement, qui consiste à garantir à son bénéficiaire une couverture inconditionnelle contre certains risques tout en lui assurant, le cas échéant, le règlement de la somme garantie. L'indépendance s'exprime aussi par son caractère *intuitu personæ* et par la durée d'efficacité de la garantie.

Les prochains paragraphes porteront sur la relation quadrangulaire d'une garantie impliquant une seconde banque (la contre-garante) dans la relation précédemment décrite. Ce maillon supplémentaire constitue en soi une relation distincte de la garantie.

Autonomie de la contre-garantie. La question de la nature juridique de la contre-garantie semble encore créer certaines divergences au sein de la communauté juridique européenne⁸⁸. Pour les Français, la question semble définitivement réglée⁸⁹. Nous citerons quelques extraits de l'analyse jurisprudentielle du professeur Vasseur concernant trois décisions importantes de la Cour

⁸⁸ Une jurisprudence anglaise récente remet également en question ce principe de l'autonomie de la contre-garantie; on peut citer deux décisions sur cette notion d'harmonie entre les rapports juridiques. *Turkiye Is Bankasi A/S v. Bank of China*, [1993] 1 Lloyd's Rep. 132 et *Wahida Bank v. Arab Bank plc.*, [1994] 3 Bank LR 70. Ces deux décisions concernent des garanties émises sous la forme britannique (*Performance bond*). Le droit applicable à la contre-garantie n'était pas spécifié dans les deux cas mais celui de la garantie *performance bond* était prévu, soit le droit du garant (*issuing bank*). La cour a appliqué la même logique dans ces deux décisions, établissant que le droit applicable serait le même pour la contre-garantie que celui pour la garantie. Du même coup, l'affaire *Attock* [*infra*, note 91], dans laquelle la Cour reconnaissait clairement le caractère autonome de la contre-garantie par rapport à la garantie, fût mise de côté. Nous renvoyons à l'article de Petkovic qui a eu l'opportunité de commenter ces deux arrêts:

Phillips J., however, did not agree with this approach [l'affaire *Attock*]. *As a counter-guarantee was involved, he felt the situation was distinguishable from cases of letter of credit and performance bonds. Owing to: (1) the nature of the payment undertaking and (2) the fact that the grant of the counter-guarantees by Bank of China [who issued the counter-guarantee] was in favour of the Turkish company by the Turkish bank and that in issuing those bonds the Turkish bank provided the consideration for counter-guarantees, a close and relevant connection between the counter-guarantees and the issuance of the performance bonds existed such that the law of the latter was also the law of the former.*

The same logic has recently been adopted in another case, Wahida Bank v. Arab Bank plc.; Denis PETKOVIC, « The Proper Law of Letter of Credit », (1995) 4 J I BL 143 (nous soulignons).

⁸⁹ La Chambre commerciale a très tôt pris position sur la question: « La contre-garantie est une obligation autonome tant par rapport à la garantie de premier rang que par rapport au contrat de base. » Com. 27 nov. 1984, D. 1985.272, note Vasseur.

de cassation, dans le développement de la garantie bancaire et de la contre-garantie. Il s'agit des arrêts du 21 mai, du 20 novembre et du 11 décembre 1985.

« Cet arrêt [du 21 mai 1985] illustre l'autonomie de la contre-garantie par rapport au contrat de base, en même temps qu'il témoigne de la rigueur des garanties à première demande.

La deuxième observation est que la Cour de cassation [arrêt du 11 décembre 1985], après la Cour d'appel, consacre une application particulière de la spécificité de la contre-garantie et de son indépendance par rapport à la garantie de premier rang. En effet, ce n'est point parce que l'appel à la garantie de premier rang auquel procède le bénéficiaire serait abusif ou frauduleux que l'appel à la contre-garantie auquel procéderait la banque de premier rang serait automatiquement abusif. Pour une autre manifestation encore plus éclatante de l'indépendance de la contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang, on se rapportera à l'arrêt du 20 novembre 1985.

Cet arrêt [arrêt du 20 novembre 1985] consacre de manière éclatante la spécificité de la contre-garantie.

Effectivement, la Cour d'appel, de manière manifeste, avait méconnu la spécificité de la contre-garantie. Il n'est pas exact en effet de considérer que la contre-garantie s'emboîte dans la garantie de premier rang et de juger que l'étendue de la contre-garantie est nécessairement calquée sur celle de la garantie de premier rang. La contre-garantie est indépendante de la garantie donnée par la banque garante de premier rang au bénéficiaire, laquelle est elle-même indépendante du contrat de base. [...] La Chambre commerciale a jugé que la contre-garantie est une obligation autonome, tant par rapport à la garantie de premier rang que par rapport au contrat de base et a consacré la spécificité de la contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang. »

Pour les juristes français, la contre-garantie génère une obligation autonome⁹⁰. Cela signifie que l'engagement du contre-garant est indépendant du contrat principal, de même que du contrat de garantie de premier rang⁹¹.

Pour leur part, les Britanniques semblent mettre un bémol au sacro-saint principe de la l'indépendance de la contre-garantie⁹².

⁹⁰ Sur le principe de l'autonomie, il y a lieu de noter que les tribunaux français se sont prononcés à plusieurs reprises sur cette question. Une certaine controverse s'était glissée dans la jurisprudence, mais il semble que cette question soit bel et bien résolue. Voir: C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *J.Cl. Banque et Crédit*, fasc. 610, n° 78; la Chambre commerciale a posé que: « [...] cet engagement [la contre-garantie] constitue une garantie autonome, indépendante du contrat de base comme des autres engagements souscrits (Com. 19 nov. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 274; Com. 5 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 45; D.S. 1986, 213, 3e esp., note Vasseur. — GALVADA et SOUFFLET, *Chr. dr. bancaire*: J.C.P. 86, éd. G, I, 3265, n. 121; éd. C.I., II, 14777, n. 121. — C. just. Luxembourg 16 mars 1983: D.S. 1983, inf. rap. 299, obs. Vasseur; *Rev. trim. dr. com.* 1983, 598, obs. Cabrillac et Rives-Lange). » Faisant suite à l'arrêt du 19 novembre 1985, la Cour de cassation a réitéré en 1986, dans une affaire où le montage financier impliquait entre autres un cautionnement et une garantie bancaire, le principe de l'autonomie, qui dans les circonstances aurait pu causer problème: « Dès lors que l'engagement à première demande souscrit par des contre-garants, à compter d'une certaine date, est indépendant du cautionnement souscrit par une banque garante de premier rang à l'égard du bénéficiaire, doit être cassé l'arrêt qui déboute la banque de sa demande en remboursement des sommes qu'elle a versées en retenant que les contre-garants n'étaient tenus de la rembourser que si son cautionnement était lui-même appelé avant la date d'échéance de la première garantie. » Com. 29 avril 1986, *Bull. civ. IV*, n° 73.

⁹¹ Les CCI 458 prévoient des dispositions d'application des Règles autant à la garantie qu'à la contregarantie. L'art. 2 c) stipule expressément que: « Les Contre-garanties sont par nature indépendantes de la Garantie à laquelle elles se rapportent ainsi que de tous contrats de base ou conditions d'adjudications [...]. » *Attock Cement Co. Ltd. v. Romamian Bank for Foreign Trade*, [1980] 1 Lloyd's Rep. 572.

⁹² Nous citerons les commentaires du professeur Charterjee concernant l'arrêt *Gulf Bank KSC v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd (No2)*, [1994] 2 LLR 145:

The legal characteristics of performance bonds and counter-guarantees were clearly identified by the court in Hamzeh Malas & Sons v British Imex Industries Ltd. Irrespective of their various type, performance bonds and guarantees are issued to protect parties against losses that may be considered by the failure to perform what was agreed to be performed. Once a breach of contract is established, payment must be made in favour of the party in the jurisdiction specified in the relevant contract of bonds.

[...] Unless fraud is established in enforcing them, legal obligations arising from them and those arising from the underlying contract are independent in character. [...] In the Gulf Bank case, the counsels for the defendants maintained that the existence of an enforceable underlying contract must be a pre-requisite for honouring a guarantee or a counter-guarantee, which view was not accepted by the Court of Appeal...

In such cases, the liabilities of a guarantor and counter-guarantor are inter-connected, that is, where liability arises due to an advance payment made under a guarantee, the corresponding counter-guarantor is obliged its liability too, unless the guarantor has discharged its liability wrongfully or unnecessarily, whether being a victim of frauds or otherwise. Charles CHATTERJEE, « The Independence of Contracts of Guarantee and Counter-guarantee from the Underlying Contract », (1995) 4 J I BL 134 (nous soulignons).

Certains auteurs, comme Bertrams⁹³, ont une approche plus nuancée et quelque peu différente. Après avoir analysé les doctrines allemande et française sur la question, l'auteur conclut que la contre-garantie constitue une partie intégrante de la relation entre la première et la seconde banque⁹⁴. Dans cette relation basée sur le mandat, la contre-garantie joue un rôle d'entente complémentaire (*supplementary agreement*). Il s'agit d'une seule et unique relation, indivisible, constituée de deux segments, le mandat et la contre-garantie. En d'autres mots, la relation peut se résumer ainsi: l'une des parties s'engage à émettre une garantie et en contrepartie, l'autre s'engage à rembourser le paiement, le tout rédigé dans un seul document. Conséquemment, pour être remboursée, la banque émettrice devra s'être déchargée de ses obligations prévues à la garantie et s'assurer que la demande de paiement du bénéficiaire est conforme aux termes et conditions de la garantie.

Toujours dans le même sens, Bertrams conseille, pour éviter toute ambiguïté, de stipuler clairement dans le contrat de contre-garantie que cette dernière est liée à la garantie principale⁹⁵. Il peut également être énoncé dans la contre-garantie que tous documents, informations ou autres seront transmis à la première banque.

⁹³ R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, pp. 12, 62, 147-166.

⁹⁴ Sans rejeter la position française sur la question de l'autonomie, l'auteur s'en dissocie pour des raisons d'ordre pratique plutôt que théorique: *This study does not argue that counter-guarantee and guarantee are not independent of each other, if only because the meaning of this concept has not been clarified. It is merely submitted that such statements do not serve a useful purpose. While lacking any apparent explicative power they only fit decisions in which applications for stop-payment orders against the first bank/counter-guarantor are dismissed and where other arguments could explain such dismissals in a more intelligible manner [...].*

It is conceivable that the assertion that counter-guarantees and guarantees are independent of each other has no meaning, other than that restraining orders on the grounds of fraud require some kind of knowledge on the part of the second bank concerning the beneficiary's fraud. [...] If this suspicion were correct, the statement is rather innocuous. R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 165.

⁹⁵ Cette clause pourrait se lire comme suit: « Nous (la première banque) vous repayerons (la deuxième banque) la somme que vous aurez payée, en conformité avec les termes et conditions de la garantie. » (notre traduction); R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 166.

Cela étant dit, la contre-garantie n'est pas forcément de la même nature juridique que la garantie principale. Étant distincte, celle-ci peut revêtir la forme que les parties désireront lui accorder⁹⁶. Nous aurons l'occasion de revenir sur différents aspects de la contre-garantie.

3° Inopposabilité des exceptions

L'inopposabilité des exceptions inhérentes aux rapports avec le contrat de base, consacre, inéluctablement, l'indépendance de la garantie. Ce principe est reconnu par l'ensemble de la communauté juridique⁹⁷. En fait, seule son intensité peut varier selon les circonstances⁹⁸.

Concrètement, l'inopposabilité signifie que le garant, appelé à exécuter son engagement, doit uniquement répondre à la demande de paiement en fonction des conditions prévues à la garantie. La banque ne peut pas refuser une demande de paiement pour d'autres motifs que le non-respect des conditions de paiement prévues au contrat de garantie. Tous les autres motifs sont inopposables au bénéficiaire, allant même jusqu'à l'apparence de l'exécution du contrat de base⁹⁹. Dans un arrêt de 1986, la Cour de cassation exprime de façon très explicite ce principe:

⁹⁶ Ainsi, une garantie bancaire pourrait être contre-garantie par toute autre sûreté personnelle ou réelle, tel un cautionnement.

⁹⁷ Pour ne citer que quelques auteurs: A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 199; C. GAVALDA, Jean STOUFFLET, *J.Cl. Banque et Crédit*, fasc. 610, n° 47-53; Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 23; Michel VASSEUR, *Rép. com.* Dalloz, v° IV, Garantie indépendante, n° 48.

⁹⁸ Cette notion sera abordée dans le cadre de la deuxième partie de notre mémoire, sous le chapitre du paiement au bénéficiaire. On peut noter que dans son expression la plus pure, sa rigueur peut paraître excessive. Pour Simler: « le garant doit, en principe, payer même si, à sa connaissance, le contrat principal est nul, ou a été rompu ou résolu, ou a été pleinement exécuté, ou est éteint en raison d'une cause quelconque d'extinction des obligations: novation, compensation, confusion [...] » Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 23.

⁹⁹ On peut citer comme exemple la décision classique dans laquelle la Chambre de commerce a jugé que le donneur d'ordre ne pouvait, pour empêcher le garant de payer, offrir d'établir que ledit contrat de base avait été correctement exécuté et par conséquent que la garantie litigieuse ne devait pas jouer. « [La Cour d'appel] a décidé à bon droit que le fait, même 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 A. Saoudi al Franci, à première demande, sans aucune justification du motif allégué. » Com. 21 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 160; D.S. 1986, 213, 1^{re} esp., note Vasseur.

« Le caractère autonome de la garantie et de la contre-garantie données par des banques interdit aux banques garantes, ainsi qu'à l'entrepreneur, d'exciper des exceptions que ce dernier peut opposer au maître de l'ouvrage, sauf dans le cas de fraude manifeste. »¹⁰⁰

L'efficacité de la garantie découle en grande partie de la rigueur avec laquelle les banques appliquent ce principe. Comme nous le verrons dans la dernière partie, le seul cas où le garant peut donner suite à la revendication du donneur d'ordre¹⁰¹, stopper le paiement de la garantie, c'est lorsque la demande de paiement paraît être manifestement abusive et frauduleuse. Aucun autre motif ne peut soustraire le garant à l'exécution de son obligation de paiement de la somme garantie.

Ceci complète la présente section. Ayant analysé les particularités de l'instrument juridico-financier, dans la seconde étape, nous procéderons à une brève description des formes de garanties les plus utilisées par les praticiens.

B. Typologie de la garantie bancaire

Les garanties sont utilisées dans toutes sortes d'activités commerciales tout comme la lettre de crédit stand-by. Leurs fonctions et objectifs sont les mêmes, y compris le souci de ne pas immobiliser du capital en tant que sûreté pour une éventualité peu probable. Les garanties peuvent être utilisées pour garantir tous types d'obligations ou de responsabilité commerciale¹⁰². Celles-ci varieront en fonction des besoins spécifiques des parties au contrat principal. Par contre, peu

¹⁰⁰ Com. 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117; Com. 17 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 265; Voir: Com. 20 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 74: « L'acte par lequel une banque s'est engagée envers une société à la payer à première demande n'est pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdit à la banque de se prévaloir des exceptions qu'une seconde société pouvait opposer à la première tenant à l'inexécution du contrat. »

¹⁰¹ Il va de soi que le donneur d'ordre, une fois informé de la demande de paiement de la part du bénéficiaire, exigera du garant qu'il ne procède audit paiement, invoquant sa pleine exécution de ces prestations prévues au contrat de base et, conséquemment, que la demande de paiement est irrecevable.

¹⁰² À titre d'exemple, elles peuvent garantir le remboursement d'un prêt bancaire, servir de sûreté en cas de mesures conservatoires ou de paiements différés ou faciliter la bonne marche d'activités commerciales, par exemple en garantissant le respect des obligations mutuelles dans les entreprises conjointes ou en écartant des obstacles provisoires tels que l'absence d'un document dans une opération de crédit documentaire; Lettre de crédit stand-by et garanties: Rapport du Secrétaire générale (A/CN.9/301, p. 54).

importe le type de garantie, elles ont toujours comme objectif de protéger le créancier-bénéficiaire contre l'inexécution du contrat de base par le débiteur.

Les garanties de soumission, de bonne exécution, de même que celles d'entretien, trouvent leur application à divers stades de l'exécution du contrat. Par contre, d'autres types de garanties, comme celles de remboursement et de réserve, correspondent aux paiements qui doivent être effectués par le créancier-bénéficiaire au débiteur-donneur d'ordre. En définitive, la portée et l'objectif de la garantie ne devraient pas s'inférer de son appellation, mais plutôt de l'ensemble des termes et conditions prévus au texte de la garantie elle-même.

Nous décrirons simplement les garanties que l'on retrouve le plus fréquemment dans la pratique commerciale internationale. Bien que ces garanties puissent être utilisées dans plusieurs genres de commerce, le principal demeure sans aucun doute celui de la construction¹⁰³. La présentation des différents types de garanties se fera selon l'ordre temporel dans lequel elles sont généralement exigées au cours d'une opération commerciale de base¹⁰⁴.

¹⁰³ Sans trop généraliser, on peut ajouter, aux contrats de construction immobilières ou industrielles, que les garanties sont fréquemment utilisées dans les relations complexes à long terme, telles que les accords de coopération et les contrats de génie civil. Voir: Philippe LÉBOULANGER, *Les contrats entre états et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, n° 233, 119. Incidemment, les garanties bancaires sont fréquemment utilisées comme outils de financement des projets de construction internationaux. Les diverses formes de garanties précédemment mentionnées peuvent être utilisées par l'entrepreneur et le maître d'ouvrage pour différentes phases du projet. Elles sont également utilisée dans le cadre d'une opération commune (*joint venture*). La garantie pourra alors être émise par une seule banque émettrice, qui aura par contre plusieurs contre-garanties. Celles-ci pourront être accordées en proportion de la participation de chacun des partenaires de l'opération commune. Nous pourrions citer de nombreux exemples, mais notre objectif étant simplement d'en illustrer son utilisation, nous nous limiterons à ceux-ci.

¹⁰⁴ On peut scinder en quatre étapes respectives ces opérations commerciales. Le *premier* stade fait généralement suite à un appel d'offre. Il s'agit bien sûr de la soumission. Une fois le contrat octroyé, presque systématiquement au plus bas soumissionnaire, la *deuxième* étape constitue la signature du contrat prévoyant souvent qu'une avance sera versée par le maître d'ouvrage pour financer la première tranche des opérations. La *troisième* étape correspond à la bonne exécution des obligations prévues aux contrats de base. La *quatrième* phase et non la moindre est celle du paiement final, à la suite de la fin des travaux.

1° Garantie de soumission

Ce type de garantie¹⁰⁵ se retrouve généralement dans les contrats de construction et de fourniture de biens et de services, et ce, spécialement dans le secteur public où les contrats sont accordés par appel d'offre. Elle concerne la phase pré-contractuelle. L'objet de cette garantie vise à assurer que l'offrant ne retirera pas ou ne modifiera pas son offre avant l'adjudication et, advenant qu'il remporte l'appel d'offre, qu'il acceptera le contrat pour lequel il a soumissionné. Le montant de la garantie correspond généralement à un pourcentage prédéterminé de la valeur du contrat à être octroyé par soumission. Ce pourcentage varie habituellement entre 1 et 5 p. cent¹⁰⁶. Le terme stipulé pour ces garanties ne correspond pas toujours avec la date de l'adjudication du contrat, et arrive parfois à échéance à une date postérieure.

2° Garantie de remboursement

Lorsque le donneur d'ordre-acquéreur (le maître d'ouvrage) est tenu de verser une avance pour financer la première tranche des opérations¹⁰⁷, toute obligation de remboursement total ou partiel peut faire l'objet d'une garantie de remboursement¹⁰⁸. La sûreté a pour objet d'assurer à son bénéficiaire le remboursement de l'avance si, pour une raison quelconque qui ne lui serait pas imputable, l'exécution des travaux ou des fournitures pré-financés était empêchée.

La garantie de remboursement intervient également dans le cadre de contrats d'import/export. L'exportateur-débiteur peut exiger un paiement initial, représentant 5 à 30 p. cent de la valeur totale

¹⁰⁵ Aussi appelée *tender-guarantee* ou *bid bond*.

¹⁰⁶ P. Simler et Prüm parlent plutôt de 5 à 10 p. 100; Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 58 et A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 78.

¹⁰⁷ Les avances peuvent également être utilisées à d'autres fins, soit par exemple à titre de transport pour acheminer des biens d'équipement ou des matériaux sur le chantier. Et à l'inverse, lorsque l'acquéreur fournit lui-même le matériel ou les machines, ou une avance en nature au lieu d'un acompte financier, des garanties sur le matériel peuvent être émises en sa faveur. La sûreté couvre entre autres toute détérioration de l'équipement. A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 80.

¹⁰⁸ D'autres la nomment garantie de restitution de compte ou d'acompte ou encore, chez nos confrères de common law, *repayment guarantee*, *prepayment bond* et finalement *advance-guarantee*.

du contrat, avant que ses produits ne soient livrés au créancier-acheteur. Cette avance a pour but de financer une partie de la transaction. Évidemment, le bénéficiaire-importateur exigera en contrepartie une garantie de remboursement équivalente à l'avance de paiement qu'il a effectuée en faveur de l'exportateur-donneur d'ordre. Cette garantie sera en vigueur dès que le bénéficiaire déboursa l'avance de paiement en cause.

Ce type de garantie contient généralement une clause de diminution progressive du montant maximum couvert par celle-ci en fonction de la progression de l'exécution du contrat. Advenant que l'exportateur-donneur d'ordre ne remplisse pas ses obligations contractuelles, le bénéficiaire-importateur sera alors protégé pour les sommes qu'il lui aurait avancées.

3° Garantie de bonne exécution

La garantie de bonne exécution¹⁰⁹ est l'une des garanties les plus fréquemment utilisées¹¹⁰. La garantie de bonne exécution tend à jouer un rôle de protection contre une éventuelle défaillance ou non-exécution de la part du débiteur du contrat principal¹¹¹. Dans le cadre d'un contrat d'import/export par exemple, elle assure ainsi à l'importateur, advenant que l'exportateur n'exécute que partiellement ou de façon non conforme ses obligations au contrat de base, qu'il sera alors compensé pour la non-exécution.

Cette garantie couvre généralement 5 à 10 pour cent de la valeur totale du contrat principal. Le texte de la garantie décrit presque toujours l'objet de la garantie en des termes généraux, chapeautés par l'expression consacrée suivante: « il y aura compensation advenant la non-exécution des obligations du donneur d'ordre ».

¹⁰⁹ D'autres la nomment garantie de bonne fin, *Performance-guarantee*, *Performance bond*.

¹¹⁰ Cette garantie est fréquemment utilisée à titre de contrepartie du crédit documentaire. Ainsi, dans plusieurs contrats de vente, on retrouve les deux instruments de garantie: un crédit documentaire en faveur du vendeur et une garantie de bonne exécution en faveur de l'acheteur.

¹¹¹ Le professeur Simler résume ainsi son rôle: « La garantie de bonne fin, enfin, n'est autre chose que la couverture par un tiers de l'obligation de bonne et loyale exécution du contrat, dans les délais impartis. » Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 58.

Pour un projet ou un contrat donné, on retrouve souvent une multitude de garanties de bonne exécution, chacune couvrant, successivement et de façon non simultanée, un segment du contrat global. Cela a comme avantage de diminuer le risque couvert par chacune des garanties. Par contre, le coût total pour le donneur d'ordre sera peut être plus élevé. Il est également possible d'obtenir une garantie de bonne exécution qui couvre la totalité du contrat. Dans ce cas, une réduction progressive du montant maximum garanti est prévue pour chaque segment du contrat complété. Il va sans dire que cette garantie est plus risquée pour le donneur d'ordre¹¹².

4° Garantie d'entretien

La garantie d'entretien¹¹³ prend en quelque sorte la relève de la garantie de bonne exécution. On l'utilise, en particulier, lorsque le maître d'œuvre s'est engagé à exploiter provisoirement le projet dont il a assuré la construction. Elle a pour but d'assurer que l'entrepreneur va corriger tous les défauts qui peuvent survenir après avoir partiellement ou complètement exécuté le contrat base. Cette garantie demeure normalement en vigueur pour toute la période pour laquelle, par exemple, l'exportateur est responsable du bon fonctionnement des équipements vendus ou du travail rendu. Le montant garanti par cette garantie est normalement inférieur à la garantie de bonne exécution et il est généralement payable à demande.

112 R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 27. L'une des difficultés soulevées par ce type de garantie constitue sa mise en œuvre. Dans le cas où il y a réduction automatique du montant maximum garanti, le garant doit s'immiscer dans la relation contractuelle entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre et cela implique une délicate et difficile vérification de la progression de l'exécution du contrat de base. D'un autre côté, en l'absence d'automatisme, le garant doit obtenir l'accord préalable du bénéficiaire, afin de réduire la portion de la garantie correspondant aux travaux déjà exécutés; Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 91. Cette approche est à notre avis dangereuse, car elle ne respecte pas le caractère autonome et indépendant de la garantie en faisant une condition de réalisation (lire diminution), la référence au contrat de base. Elle place également le donneur d'ordre dans une position vulnérable. Voir: Trib. com. Nantes 22 sept. 1983 et Paris 14 oct. 1983: D.S. 1984, inf. rap. 202, obs. Vasseur - Trib. com. Paris, réf. 7 sept. 1983: D.S. 1987, som 17, obs. Vasseur.

113 D'autres la nomment garantie de maintenance, *Maintenance guarantee*.

5° Garantie de réserve

La garantie de réserve¹¹⁴ intervient souvent en terme de contrats de construction. Elle assure au donneur d'ordre le paiement complet du marché dès la réception provisoire de la prestation. Le prix du contrat étant souvent payé d'une manière échelonnée en fonction de l'avancement des travaux, ce type de garantie peut être émis en remplacement de la rétention d'un pourcentage du paiement¹¹⁵. Ainsi, sur présentation d'un rapport d'ingénieur attestant que les travaux ont été complétés selon l'échéancier et/ou les étapes prévus au contrat, la garantie sera proportionnellement diminuée.

Le maître d'ouvrage retiendra normalement un pourcentage variant entre 5 et 10 p. cent de la valeur des paiements intérimaires. Pour éviter cette retenue d'argent, l'entrepreneur pourra offrir une garantie de réserve qui a pour objectif de couvrir les sommes qui sont normalement retenues par le maître d'ouvrage. Cette garantie est également payable à demande. Tout comme la garantie de remboursement, une clause de diminution progressive est généralement prévue.

6° Autres types de garanties

Mises à part les garanties précédemment mentionnées, plusieurs autres types de garanties peuvent être émises pour des fins très diverses, selon la transaction commerciale internationale en cause. Sans aller dans le détail de chacune des formes que peut prendre ces garanties, nous en énumérerons brièvement quelques-unes, en soulignant leur fonction et leur utilité dans le commerce.

¹¹⁴ D'autres la nomment garantie pécuniaire de rétention, garantie de retenue, *Retention guarantee*.

¹¹⁵ Les ponctions que le maître d'ouvrage est normalement en droit d'opérer sur les versements qu'il effectue au maître d'oeuvre, visent à s'assurer une protection entre autres contre les vices éventuels des travaux ou de l'équipement fourni; A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 81.

La garantie de paiement des droits de douanes. Les *Customs-Guarantees* visent à assurer la réexportation du matériel importé pour des utilisations temporaires par le maître d'œuvre¹¹⁶. Elles sont déposées auprès des autorités douanières en cause¹¹⁷.

La garantie pour documents manquants. Celle-ci vise à pallier l'absence de documents, qui ne peuvent momentanément être fournis par l'acheteur de marchandise, par exemple. On retrouve son application, entre autres, en droit maritime. La garantie peut remplacer le connaissance manquant¹¹⁸. La règle est simple: pas de connaissance, pas de marchandise. Ce mécanisme assure, en principe, une parfaite sécurité aux parties. Par contre, il ne les protège pas d'une éventuelle perte ou production tardive du connaissance. Dans ces circonstances, l'armateur peut accepter de délivrer les marchandises malgré l'absence de connaissance et le destinataire s'oblige, en contrepartie, à émettre en faveur du transporteur une garantie autonome. Celle-ci aura pour objectif de protéger son bénéficiaire contre toute action en responsabilité éventuelle de la part du chargeur ou d'un tiers détenant légitimement le connaissance.

116 Cette situation survient souvent dans le cas de projets de construction et d'ingénierie à l'étranger, selon lesquels les entreprises apportent avec elles du matériel et des équipements sur les sites de la réalisation des projets; R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, pp. 32-33.

117 Cela permet aux autorités de recouvrer sans difficulté les droits qu'elles sont autorisées à prélever en cas de non-réexportation desdits équipements ou matériels dans les délais prévus. Voir: Trib. com., Paris, ord. réf., 7 oct. 1988: D. 1989, somm. com. 145, obs. Vasseur; Cass. com., 19 mai 1992, *BFCE c. SA Bouffard*, n° 90-16.782: D. 1993, somm., p. 104, obs. Vasseur.

118 A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 83. *Contra*: Le professeur Simler pour sa part nuance quelque peu cette approche. Cette garantie doit stipuler d'une part que le cocontractant s'engage à lui remettre le connaissance dès son arrivée, et d'autre part, qu'il y aura indemnisation intégrale au cas où sa responsabilité serait engagée. Conséquemment « [I]a « garantie contractuelle » ainsi définie n'est cependant pas constitutive d'une sûreté personnelle et ne peut donc être traitée comme une garantie autonome. [Néanmoins, ajoute-t-il,] le transporteur ne peut et ne doit se contenter de l'engagement de son cocontractant, qui peut n'être pas d'une insolvabilité à toute épreuve. Ainsi exige-t-il que cet engagement de garantie du destinataire soit lui-même couvert par une garantie bancaire. C'est à ce stade seulement qu'apparaît une sûreté personnelle [...]. » Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 59; voir: Kurt FAES, « Les Lettres de Garantie en Droit Comparé », (1996) 31 *DUT* 11; Pierre-Yves LUCAS, « La lettre de garantie pour défaut de connaissance », Dr. Marti. 1987.D.346; Ch. Com. 29 avril 1986, Dr. Marti., J.356; Ch. Com. 25 nov. 1986, Dr. Marti., J.358.

Les garanties financières. Les garanties indépendantes trouvent également des applications diverses dans le domaine de la finance. Elles peuvent entre autres choses être utilisées pour couvrir des conventions de crédit classiques, jusqu'aux montages financiers les plus sophistiqués¹¹⁹.

Les garanties judiciaires. Cette forme se retrouve principalement en droit interne¹²⁰. La situation la plus fréquente consiste à substituer une garantie bancaire à une hypothèque légale.

Ceci complète le tableau général des divers types de garanties indépendantes qui ont cours normal dans les transactions commerciales internationales. Loin d'être complet, notre exposé énonce les principales formes susceptibles d'être utilisées par les commerçants internationaux. Pour terminer, nous soulignerons que la doctrine scinde parfois en deux la typologie, l'une suivant les obligations garanties (la méthode que nous avons utilisée), l'autre suivant les modalités de la garantie. Nous aborderons cette seconde méthode dans la partie II, sous le titre: Clause de paiement. En fait, le résultat est similaire, car les modalités sont énumérées selon le mode de paiement, soit payable à première demande ou documentaire, soit soumis à l'arbitrage.

¹¹⁹ L'auteur A. Prüm cite quelques exemples de garantie financière: « Les garanties d'alimentation de fonds de roulement, les engagements garantissant une émission obligataire [et même] le paiement d'un crédit documentaire en l'absence des documents convenus. » A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 84, Voir: François-Denis POITRINAL, « Les mécanismes de réduction des risques de non-paiement dans le cadre des garanties de passif », (1995) 4 Rev. Société 659.

¹²⁰ Bien que le sujet de notre mémoire porte essentiellement sur le droit international, nous nous permettons d'aborder cet aspect, car il s'agit d'une des pratiques qui fait l'objet de décisions judiciaires au Québec. On peut citer comme exemple l'affaire *Picard c. Panagiotopoulos* [1985] R.D.J 666 (C.A.), dans laquelle la Cour, sans se pencher sur la question de la substitution du privilège par une autre sûreté, refusa une requête en suspension d'exécution pour le motif que le préjudice du créancier était hypothétique, contrairement à celui du débiteur qui était réel. Plus récemment, dans l'affaire *Les Constructions Groupe Gazaille Inc. c. Provencher, Roy & Associés, Saucier, Perrotte Architectes* LPJ-95-0174 la Cour supérieure reconnut la garantie bancaire comme étant une garantie suffisante au sens du C.c.Q., art. 2731* et accorda la radiation de l'hypothèque légale et sa substitution par une garantie bancaire. En terminant, on peut mentionner que l'art. 1574 C.c.Q. réfère implicitement à la garantie bancaire dans le cadre d'une offre faite en paiement: « Les offres réelles portant sur une somme d'argent peuvent être faites en monnaie ayant cours légal lors du paiement ou au moyen d'un chèque établi à l'ordre du créancier et certifié par établissement financier exerçant au Québec. Elles peuvent aussi être faites par la présentation d'un engagement irrévocable, inconditionnel et à durée indéterminée, pris par un établissement financier exerçant au Québec, de verser au créancier la somme qui fait l'objet des offres si ce dernier les accepte ou si le tribunal les déclare valables. » (Nous soulignons.)

* art. 2731: « À moins que l'hypothèque légale ne soit celle de l'État ou d'une personne morale de droit public, le tribunal peut, à la demande du propriétaire du bien grevé d'une hypothèque légale, déterminer le bien que l'hypothèque pourra grever, réduire le nombre de ces biens ou permettre au requérant de substituer à cette hypothèque une autre sûreté suffisante pour garantir le paiement; il peut alors ordonner la radiation de l'inscription de l'hypothèque légale. » (Nous soulignons.)

Tout au long des chapitres précédents, nous avons fait mention des similitudes de vocabulaires qui existaient entre la garantie bancaire et les cautionnements et les lettre de crédits et les standby. Nous aborderons dans la prochaine section une étude plus approfondie concernant les principales distinctions qui existent entre ces divers instruments juridico-financier.

C. Caractère distinctif

L'un des aspects les plus controversés de la garantie, ou du moins l'un des plus discutés, est sans aucun doute celui de la qualification. Il va sans dire que l'absence d'une terminologie uniforme et le recours aux termes et aux concepts d'instruments juridiques similaires, tels que le cautionnement et le crédit documentaire, accentue la confusion qui existe dans la qualification de la garantie bancaire international par rapport aux autres instruments juridiques similaires.¹²¹ Même si la spécificité de la garantie n'est plus contestée¹²², et plus particulièrement par rapport aux cautionnements¹²³, le chevauchement et la juxtaposition de plusieurs notions et instruments juridiques nécessitent qu'on s'y attarde et que l'on procède aux distinctions d'usage.

Telle que définie, la garantie bancaire s'inscrit dans une relation triangulaire formée, dans sa plus simple expression, d'une banque garante qui s'engage à verser à la demande du bénéficiaire une somme d'argent, formulée en conformité avec les dispositions de l'acte de garantie. Cette relation évoque des institutions juridiques connues: le cautionnement, le crédit documentaire, la lettre de crédit stand-by, le *Performance bond* et le *Surety bond* en sont les principaux exemples. Nous étudierons dans les paragraphes suivants les distinctions et similitudes existant entre ces dernières et la garantie bancaire.

¹²¹ *Supra*, p. 3, la terminologie.

¹²² *Supra*, p. 24, la spécificité de la garantie bancaire.

¹²³ Com. 20 déc., *Bull. civ.* IV, n° 417; en droit français, cet arrêt consacre la spécificité propre de la garantie. Il s'agit d'un arrêt charnière dans l'émergence de la garantie. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a, selon M.

1° Distinction avec le cautionnement

La distinction entre la garantie bancaire et le cautionnement est certainement l'une de celles qui a fait le plus couler d'encre, principalement en France¹²⁴. La nature même du cautionnement explique cet engouement. Pour bien saisir la similitude entre ces deux institutions, nous nous référerons à l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame du Lac*¹²⁵ où la Cour d'appel du Québec a défini la nature et le fonctionnement du contrat de cautionnement d'exécution:

« Le cautionnement crée une relation tripartite entre la caution, le débiteur, et le créancier, suivant sa définition même [...].

La caution assume une obligation propre, c'est-à-dire l'engagement d'exécuter l'obligation du débiteur principal. Elle s'engage ainsi envers le créancier. Le cautionnement comporte un lien direct entre ce dernier et la caution. D'ailleurs, il peut même intervenir hors la présence et la connaissance du débiteur [...].

Subsidaire et accessoire, ce contrat crée une obligation elle-même accessoire et subsidiaire à l'égard d'une obligation principale. L'inexécution de celle-ci est nécessaire pour rendre exécutoire l'engagement de la caution. [...]

Faute d'obligation principale, le cautionnement ou la promesse de cautionnement demeure sans effet. La convention ne se forme pas complètement. Si l'obligation principale s'exécute régulièrement, la caution ne sera pas mise à contribution, en raison du caractère à la fois accessoire et subsidiaire du contrat de cautionnement. Ce caractère du contrat de cautionnement ne nie pas l'existence d'une relation juridique directe entre la caution et le créancier et, surtout, ne fait pas de celle-là un mandataire du débiteur principal, pour l'exécution de l'obligation de celui-ci.

[...] La caution exécute au lieu et place du débiteur principal et non pas en son nom. L'exécution par mandataire est considérée comme l'exécution par la partie. Le propre du cautionnement est précisément de prévoir que la caution paiera ou fera une chose déterminée à la place du débiteur principal et non pas au nom de celui-ci. »

Vasseur, confirmé la position de la Chambre commerciale par son arrêt du 20 décembre 1982; Com. 7 juin 1994, D. 1995 Somm. 19, note Vasseur.

124 On peut citer à titre d'exemple les textes suivants: Com. 13 déc. 1994, J.C.P. 1995, éd. E, pan. 201; D. 1995, 209. obs. Aynès; CA Paris, 21 fév. 1992, J.C.P. 1992, éd. E, pan. 435; D. 1993, somm. 108; Com. 22 mai 1991, D. 1992. Somm. 233; Com. 8 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 261; Com. 20 déc. 1982, J.C.P. éd. G. 1983.IV.79; éd. C.I., II, 14001, n° 116, obs. Gavalda et Stoufflet; D.S. 1983, 365, note Vasseur; Rev. trim. dr. com. 1983, 446, obs. Cabrillac et Teyssié. Voir: Pour une liste de décisions sur la question, dernière mise à jour, 1995: Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 26 et suivants; Michel VASSEUR, *Rép. com.* Dalloz, v° IV, Garantie indépendante, n° 22.

125 [1990] R.L. 339, 346-347.

Il s'agit donc d'une garantie personnelle accessoire qui, contrairement à la garantie bancaire, est dépendante du contrat principal liant les cocontractants. Comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, cette distinction n'est pas sans conséquence. Sans entrer dans les détails, nous soulignerons au passage qu'une sûreté personnelle, qualifiée comme de cautionnement plutôt que de garantie bancaire, pourra se voir opposer, lors d'une demande de paiement, toutes les exceptions liées à l'exécution du contrat principal. Le débiteur pourra alors contester avant de payer. Il serait donc possible pour le débiteur de se soustraire au paiement de la garantie en invoquant un manquement au contrat de base¹²⁶. Voilà ce qui justifie l'intérêt des juristes et ce qui donne naissance à un contentieux relativement important (en France, à tout le moins).

D'une façon générale, et tel que nous l'avons déjà indiqué, on peut dire que les traits distinctifs de la garantie bancaire par rapport au cautionnement, découlent principalement de l'autonomie de la garantie assumée par la banque garante, par opposition au caractère accessoire de celle de la caution¹²⁷. Selon les professeurs Malaurie et Aynès, la différence entre ces deux institutions s'explique par leur objet respectif:

¹²⁶ C'est exactement ce que le créancier cherche à éviter dans le cadre d'une garantie bancaire. Il veut renverser cette position d'infériorité, dans laquelle il serait contraint d'entreprendre des procédures judiciaires lourdes et dispendieuses pour obtenir compensation pour la non-exécution des obligations du débiteur; *supra*, p. 3, Genèse de la garantie. Il va sans dire qu'une des stratégies régulièrement invoquées pour tenter de se soustraire au paiement de la garantie bancaire, consiste à attaquer la qualité de la garantie en soi, pour ensuite la qualifier de cautionnement. Voir: Jean DEVÈZE, « Aux frontières du cautionnement: lettres d'intention et garanties indépendantes », J.C.P. 1992.Supp 2, p.31; *contra*: La Cour d'appel a été approuvée d'avoir qualifié de cautionnement une garantie « irrévocable et inconditionnelle » de payer... si le débiteur manquait à ses obligations, ce qui exprimait la dépendance de la garantie par rapport au contrat de base. Il y a lieu de signaler que ce faisant, l'arrêt a permis au bénéficiaire de poursuivre la caution, chose qu'il n'aurait pu faire si la garantie avait été qualifiée de garantie à première demande, puisqu'elle aurait été définitivement éteinte à la date de l'échéance; Com. 28 janv. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 35.

¹²⁷ Nous citerons un second auteur, le professeur P. Simler, pour la qualité de ses explications: « Des différences fondamentales opposent, en effet, le cautionnement et les garanties autonomes. Alors que l'engagement de la caution est essentiellement accessoire, en ce sens que la caution s'oblige à payer la dette du débiteur principal et qu'elle peut, en conséquence, opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur lui-même peut opposer, la garantie autonome est constitutive d'un engagement indépendant du contrat de base, ce qui explique que le garant ne puisse se prévaloir d'aucune exception tirée de ce contrat. Dans le premier cas, il y a une seule dette, mais deux débiteurs, tenus, l'un à titre principal, l'autre à titre de garant. Dans le second, au contraire, les deux débiteurs ont contracté des dettes distinctes et autonomes, ce qui n'empêche pas la dette du garant de tenir lieu de sûreté. La clé de la distinction est constituée par le caractère accessoire ou non de l'engagement du garant, caractère qui est aussi le critère du cautionnement [...]. Si le garant s'est obligé à payer la dette du débiteur principal, il y a cautionnement. S'il a pris clairement un engagement indépendant, il ne peut s'agir que d'une garantie autonome. » Philippe SIMLER, *J. Cl. É Th, Garantie autonome*, fasc. K, n° 2 (nous soulignons).

« La caution s'oblige à payer la dette du débiteur principal (a. 2011); le garant à première demande, telle somme d'argent. L'objet du cautionnement est la dette principale, d'où l'opposabilité des exceptions tenant à cette dette; celle de la garantie à première demande est déterminée par l'accord du garant avec le bénéficiaire. [...] La caution s'oblige à procurer au créancier la satisfaction que lui doit le débiteur. Le garant autonome s'oblige, au contraire, à lui verser une somme d'argent déterminée, et c'est cette somme d'argent qui constitue la garantie. »¹²⁸

Qu'en est-il maintenant du rapprochement entre les deux institutions? Les deux instruments sont des sûretés personnelles. L'une découle du Code civil¹²⁹ et l'autre de l'imagination des praticiens: « En tant que telles, les garanties qu'elles soient à première demande ou documentaires, sont des pures créations de la pratique consacrées par les décisions des tribunaux qui en ont reconnu l'efficacité »¹³⁰ et d'une codification tardive et privée¹³¹. C'est ce qui expliquerait, selon

¹²⁸ P. MAULARIE et L. AYNÈS, *op cit*, note 54, pp. 126-127 (nous soulignons). Dans le même sens, nous soulignerons les commentaires du docteur Affaki concernant l'arrêt de la CA de Paris, où il établit clairement cette distinction: « En effet, l'objet de l'obligation de la caution est la dette même du débiteur principal. L'objet de la garantie indépendante est tout autre puisqu'il s'agit d'exécuter une prestation déterminée dans l'engagement, dont tout lien avec l'objet de l'obligation du donneur d'ordre est volontairement coupé. Cette différence de l'objet est d'ailleurs la condition de l'autonomie de la garantie. » CA Paris, 1er ch. B, 23 juin 1995, JCP 1995, éd. E, II 735, note de Bachir Georges Affaki (nous soulignons).

¹²⁹ Art. 2011 C. civ. Fr.: Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

Art. 2333 C. c. Q.: Le cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas.

¹³⁰ « Les deux premiers arrêts de la Cour de cassation, concernant la garantie à première demande, ont été les deux arrêts de la Chambre commerciale en date du 20 décembre 1982* (D. 1983. 365, note M. Vasseur). On peut dire que ce sont eux qui ont fait entrer la garantie à première demande dans le Droit français [...]. C'est dire aussi qu'aucune loi ne régit en France, pas plus d'ailleurs que dans aucuns pays de l'Europe de ouest, les garanties contractuelles. » Michel VASSEUR, *Rép. com.* Dalloz, v° IV, Garantie indépendante, n° 17 (nous soulignons).

* Nous citerons en terminant les commentaires de Simler concernant cet arrêt de la Cour de cassation:

« La spécificité de la garantie autonome par rapport au cautionnement a été clairement reconnue par deux arrêts de la Cour de cassation du 20 décembre 1982: l'engagement pris par une banque de payer "à première demande" une certaine somme à un créancier "ne constituait pas un cautionnement mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions" que le débiteur pouvait opposer au créancier; un tel engagement à première demande, "autonome par rapport au contrat de base... était régi par les seules dispositions de la lettre de garantie". (Cass. com. 20 déc. 1982: D.S. 1983, 345, 2e esp.; Gaz. Pal. 1983, 1, pan. jur. 110, obs. Piédelièvre). Ces arrêts ont été suivis par de nombreux autres dans le même sens. » Philippe SIMLER, J. Cl. É Th, Cautionnement, fasc. A-1, n° 33 (nous soulignons).

« Si le Code civil ne connaît et ne réglemente qu'une seule sorte de sûreté personnelle: le cautionnement, il n'exclut pas qu'il puisse en exister d'autres. » Philippe SIMLER, J. Cl. É Th, Garantie autonome, fasc. K, n° 2. On peut rajouter que l'art. 1134 C. civ. Fr. prévoit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (nous soulignons). Cet article du C.c. Fr. est d'ailleurs régulièrement mentionné par les tribunaux français dans le cadre des décisions impliquant la qualification de la garantie bancaire; Com. 10 mai 1994, D. 1995. Somm. 12, note Vasseur; Com. 7 juin 1994, D. 1995 Somm. 19, note Vasseur; Com. 7 juin 1994, J.C.P. éd. E. 1994.II.637, note Leveneur; Com. 7 juin 1994, D. 1995

P. Simler, que cette différenciation entre ces deux institutions, « ne se soit pas faite sans confusions ou hésitations. »¹³²

Malgré le souci d'être bref, il demeure difficile de ne pas exposer l'ensemble des difficultés pouvant résulter du rapprochement existant entre les deux institutions. Bien que l'essentiel ait été mentionné précédemment, nous aurons l'occasion de revenir sur la question de leurs distinctions et de leurs qualifications respectives.

2° Distinction avec le crédit documentaire

L'une des caractéristiques essentielles que le crédit documentaire partage avec la garantie bancaire et avec la lettre de crédit stand-by¹³³, c'est le principe de l'autonomie¹³⁴. L'autonomie quant au contrat de base d'abord puis l'autonomie des rapports juridiques nés du crédit documentaire, les uns par rapport aux autres. Conséquemment, les liens de droit nés du crédit documentaire sont indépendants des liens de droit nés du contrat commercial à la base de

Somm. 21, note Vasseur; Com. 13 déc. 1994, J.C.P. éd. E. 1995.Pan.201; Com. 13 déc. 1994, D. 1995.209, Rapport Le Dauphin; Com. 13 déc. 1994, D. 1995.209, note Aynès; Civ. 1^{er}, 17 janv. 1995, D. 1995.213, note Monteiro.

131 Les Règles de la CCI 325 et 458.

132 Philippe SIMLER, J. Cl. É Th, Garantie autonome, fasc. K, n° 2; et il ajoute aussi que cela s'explique par le fait que « [...] le droit positif français ne connaissait pas, avant que n'apparaissent les garanties autonomes, d'autre procédé spécifique de sûreté personnelle que le cautionnement ».

133 Citant Harfeild, Getz nous rappelle que ces instruments sont basés sur les mêmes principes commerciaux: *The principles are based on the premise that "banks deal in documents, not in merchandise."* From this, the courts have fashioned what has been termed the "independent contracts rule [...]"; Herbert A. GEZT, « Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases », (1980) 21 *Harvard Int. L J.* 189, 203.

134 L'article 3 RUU 500 codifie en quelque sorte cette règle de l'autonomie:

« a) Les crédits sont, par leur nature, des transactions distinctes des ventes ou autre(s) contrat(s) qui peuvent en former la base. Les banques ne sont en aucune façon concernées ou liées par ce(s) contrat(s), même si les crédits incluent une quelconque référence à ce(s) contrat(s). En conséquence, l'engagement d'une banque de payer, d'accepter et de payer une ou plusieurs traites, ou de négocier et/ou de s'acquitter de toute autre obligation en vertu du crédit, ne peut donner lieu à réclamations du donneur d'ordre ou à l'invocation par la Banque émettrice ou le bénéficiaire.

b) Le bénéficiaire d'un crédit ne peut en aucun cas se prévaloir des rapports contractuels existant entre les Banques ou entre le donneur d'ordre et la Banque émettrice. » (Nous soulignons.)

l'ouverture du crédit¹³⁵. Lord Diplock exprimait ainsi le principe de l'autonomie du crédit documentaire dans l'affaire *United City Merchants (Investments) Ltd v. Royal Bank of Canada*¹³⁶:

The whole commercial purpose for which the system of confirmed irrevocable documentary credits has been developed in international trade is to give to the seller an assured right to be paid before he parts with control of the goods that does not permit of any dispute with the buyer as to the performance of the contract of sale being used as a ground for non-payment or reduction or deferment of payment.

Les rapports de droit existant à l'intérieur du crédit documentaire entre le donneur d'ordre et la banque émettrice, d'une part, et entre la banque émettrice et le bénéficiaire, d'autre part, sont donc parfaitement indépendants¹³⁷.

Comme on peut le constater, les principes de base sont les mêmes pour la garantie bancaire et le crédit documentaire. La principale distinction réside dans leur objet: l'une a pour but de garantir l'acheteur de la bonne exécution de l'obligation du vendeur alors que l'autre vise la garantie du vendeur, c'est-à-dire qu'il soit payé pour le bien ou le service vendu.

Le crédit documentaire est essentiellement un instrument de paiement utilisé dans l'exécution d'un contrat de vente¹³⁸. Voici son principal mode de fonctionnement. L'acquéreur d'une marchandise demande à une banque¹³⁹ de prendre l'engagement de payer le vendeur de cette

¹³⁵ « Aucune exception tirée de la nullité ou de la mauvaise exécution du contrat commercial ne peut interférer dans l'exécution des obligations nées du crédit documentaire. [...] À l'inverse, la bonne exécution du contrat commercial ne peut être invoquée pour suppléer l'absence de conformité des documents remis à la banque et l'obliger à un paiement à laquelle elle n'est pas tenue par les termes de l'accréditif. » (Nous soulignons.) Dominique DOISE, J.-Cl. éd. Th., fasc. 482., n° 54.

¹³⁶ [1983] 1 A.C. 168, 187.

¹³⁷ La banque ne peut s'opposer aux prétentions du bénéficiaire en prenant prétexte de ses relations avec son client. Peu importe que le donneur d'ordre ne couvre pas la banque du montant de l'accréditif ou qu'il fasse faillite ou voit son compte mis sous mains de justice. De même, la banque confirmatrice ne peut refuser de payer le bénéficiaire, en affirmant qu'elle ne sera pas remboursée par la banque émettrice. Enfin, même si le contrat entre le donneur d'ordre et la banque est nul, celle-ci doit payer le bénéficiaire et ne peut invoquer la nullité du contrat pour refuser de payer.

¹³⁸ Bien qu'il s'agisse de la situation la plus fréquente, le crédit documentaire n'est pas limité à l'exécution d'un contrat de vente. Il peut servir à l'exécution d'obligations pécuniaires assumées dans n'importe quelle convention.

¹³⁹ En théorie, n'importe quelle personne physique ou morale, solvable, pourrait assumer le rôle joué par les banques. En pratique, seules les institutions financières disposent d'un réseau de correspondants, de l'expertise technique et de la garantie de solvabilité nécessaires pour exécuter de telles opérations. Il en va de même pour les garanties bancaires. Voir: note 158.

marchandise, si ce dernier présente à la banque émettrice¹⁴⁰, dans un certain délai, les documents¹⁴¹ dont l'acheteur et le vendeur ont convenu¹⁴². À l'exception de l'aspect documentaire, qui constitue une deuxième distinction importante, on observe une certaine ressemblance en ce qui concerne son fonctionnement. Ainsi, l'exécution ou le paiement à proprement parler des instruments financiers diffère de la garantie. Pour le crédit documentaire, la mise en œuvre, c'est-à-dire produire les documents requis pour obtenir le paiement prévu à la lettre de crédit, c'est la règle, alors que pour la garantie bancaire, c'est l'exception. Il y a également lieu de noter que la mise en œuvre peut différer d'un instrument à l'autre. Dans le cas du crédit documentaire, elle se réalise nécessairement par la voie de la production de documents. C'est à la suite de l'évaluation des documents soumis à la banque que celle-ci en apprécie la qualité. Les documents doivent répondre à des critères très stricts¹⁴³.

Cette condition est essentielle pour que l'acheteur ait un minimum de sécurité. L'article 13 RUU consacre formellement le devoir de vérification des documents qui incombe à la banque¹⁴⁴. Par contre, dans le cas de la garantie bancaire, la mise en œuvre peut prendre diverses formes, soit par

140 Une seconde banque choisie par le bénéficiaire, intervient habituellement dans la relation juridique précédemment expliquée. Selon le cas, elle confirme le crédit émis par la première banque; elle pourra également, le cas échéant, être autorisée à payer le crédit ou encore, elle se limitera à aviser le bénéficiaire de l'ouverture dudit crédit. Dans ce dernier cas, la banque notificatrice est la représentante directe de la banque émettrice pour la notification du crédit au bénéficiaire. Dans la pratique, elle joue un rôle important, puisqu'elle est le relais entre la banque émettrice et le bénéficiaire, qui souvent ne se connaissent pas. Voir: art. 9 CCI 500.

141 Généralement, les documents à fournir sont les suivants: la facture de la marchandise, la preuve de son transport et de son assurance et des certificats d'analyse ou d'inspection. Voir: art. 20 et s. CCI 500.

142 Sur réception desdits documents, la banque s'assure de leur conformité et procède au paiement tel que convenu. Selon le cas, le paiement sera immédiat (paiement à vue), différé (90 jours après l'arrivée de la marchandise) ou encore par acceptation de traites tirées par le bénéficiaire sur la banque émettrice et enfin par la négociation de traites tirées par le bénéficiaire sur le donneur d'ordre ou un tiers. Voir: art. 9, 10 CCI 500.

143 Le principe de la rigueur documentaire signifie que les documents présentés doivent être conformes à ceux exigés, doivent être complets, ne pas être incompatibles l'un avec l'autre et ne pas être faux. C'est la règle dite de la stricte conformité (*strict compliance*).

144 Art. 13 RUU 500: Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit.

simple demande de paiement, soit sur présentation de documents ou encore par voie d'arbitrage ou de décision judiciaire¹⁴⁵.

Entre autres caractéristiques du crédit documentaire, on peut noter que l'engagement de la banque peut être, à l'égard du bénéficiaire, révocable ou irrévocable¹⁴⁶. Ce qui n'est pas le cas de la garantie bancaire, qui est toujours irrévocable. Différents types de crédit existent: le crédit renouvelable (*revolving*)¹⁴⁷, le crédit transférable¹⁴⁸, le crédit *back to back*¹⁴⁹, le crédit *red clause* ou *green clause*¹⁵⁰ et la lettre de crédit stand-by¹⁵¹. Enfin, le crédit documentaire est principalement régi par les Règles et Usances Uniformes en matière de crédit documentaire (RUU), un corps de règles édictées par la Chambre de commerce internationale et dont l'application est pratiquement universelle. Pour la garantie, la réponse est moins catégorique. Bien qu'il existe des règles spécifiques prévues par la CCI (les RUGD), rien n'empêche aux parties de stipuler que d'autres règles, comme les CCI 500, peuvent s'appliquer à la garantie bancaire.

¹⁴⁵ *Infra*, p. 96; La clause de paiement de la garantie.

¹⁴⁶ Le crédit est présumé être irrévocable à moins d'être expressément prévu; art. 6 c) RUU 1993 (CCI 500). Il est à noter que les RUU 1983 (CCI 400) postulaient le contraire, ce qui n'était pas conforme à la réalité commerciale. Seule la banque qui a émis le crédit peut le révoquer, non le donneur d'ordre.

¹⁴⁷ Le crédit peut être renouvelable quant à sa durée (par exemple: crédit disponible pendant six mois jusqu'à concurrence de 50 000 \$ CAN par semaine) ou quant à son montant (au fur et à mesure que le bénéficiaire obtient paiement d'une tranche, le crédit est rétabli à son montant initial).

¹⁴⁸ Le crédit doit être expressément désigné comme tel pour être transférable. Ainsi, le bénéficiaire peut utiliser le crédit pour payer directement ses propres créanciers ou fournisseurs. Pour ce faire, la marchandise doit être achetée et revendue telle quelle sans être modifiée, de façon à ce que la description des biens y corresponde. Le tiers bénéficiera directement, en partie et aux côtés du premier bénéficiaire, des droits résultant du crédit documentaire. Voir: art. 48 CCI 500.

¹⁴⁹ Contrairement au crédit transférable, il s'agit de deux crédits distincts. Ainsi, l'intermédiaire, bénéficiaire d'un premier crédit, demande à la banque qui lui a confirmé ou notifié le crédit, d'émettre un nouveau crédit en faveur de son fournisseur, garanti par le premier crédit. Il est fréquemment utilisé comme outil de financement.

¹⁵⁰ Les dénominations de ces clauses proviennent du fait que les clauses pertinentes sont écrites en rouge ou en vert. Dans le *red clause*, la banque fournit au bénéficiaire un crédit à découvert; dans le *green clause*, la banque fournit des documents attestant de l'existence et de la disponibilité des marchandises, mais sans avoir le caractère de papiers-valeurs. La banque fait donc des avances au bénéficiaire du crédit avant que celui-ci ne présente les documents requis.

¹⁵¹ C'est une garantie qui a pour objectif de prémunir le bénéficiaire des conséquences de l'inexécution d'une obligation. Par contre, elle est aussi régie par les RUU 500, contrairement à la garantie bancaire internationale. *Infra*, p. 54, section I.1.C.3°

Les mêmes principes seront applicables à la lettre de crédit stand-by, avec les adaptations nécessaires. C'est du moins ce que prévoit les RUU 500: « Les [RUU 500], s'appliquent à tous les crédits documentaires (y compris dans la mesure où elles seraient applicables aux lettres de crédit stand-by), dès lors qu'elles font parties intégrante du crédit. »

Le principe de l'indépendance du crédit peut être mis de côté dans certaines circonstances, dont la plus importante est la fraude du bénéficiaire. La fraude est dite matérielle ou intellectuelle; la première consiste en des documents qui sont faux, non établis par leurs émetteurs supposés et la seconde consiste en une énonciation non sincère des documents, c'est-à-dire que les documents sont authentiques, mais les mentions ou les annotations que l'on retrouve inscrites sont fausses ou non sincères¹⁵². La fraude ne doit, par ailleurs, être admise qu'en des circonstances exceptionnelles¹⁵³. Afin de se voir refuser le paiement, le bénéficiaire doit commettre une fraude manifeste. Comme par exemple, lorsqu'il présente de faux documents suivant une inexécution grossière du contrat de base. Pour que la banque refuse de son propre chef le paiement d'un accreditif il faut que la situation invoquée par le donneur d'ordre soit extrêmement claire. Néanmoins, la banque est tenue de respecter l'ordonnance d'un tribunal compétent qui accorderait au donneur d'ordre une injonction en ce sens, même si, après les faits et la preuve exposée, la banque aurait estimé qu'elle ne pouvait pas refuser le paiement. À cet égard, il y a lieu de noter que, dans le cadre de la garantie bancaire, l'exigence de la fraude est quelque peu différente. Elle n'est d'abord pas exclusivement documentaire. Il va sans dire que nous élaborerons davantage la notion de fraude dans la partie intitulée *Motifs pour s'opposer au paiement*¹⁵⁴.

¹⁵² Dominique DOISE, J.-Cl. éd. Th., fasc. 482, n° 110.

¹⁵³ Nous traiterons de cette question de façon plus approfondie dans la section: Exceptions de fraude et d'abus manifeste; *infra*, p. 107. Nous ne pouvons passer sous silence le célèbre arrêt: *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear*, précité, note 62, pp. 56-109.

¹⁵⁴ *Infra*, p. 106.

3° Distinctions avec la lettre de crédit stand-by

Pour certains, il s'agit de synonymes¹⁵⁵ et pour d'autres, de notions distinctes¹⁵⁶. Nous tenterons de dresser un court portrait résumant la distinction qui existe entre les différents concepts.

La lettre de crédit stand-by est un type particulier de lettre de crédit. Il s'agit donc d'un contrat autonome, indépendant du contrat de base et des obligations qu'ils garantissent¹⁵⁷.

On la définit comme étant un engagement écrit, de la part d'une institution financière¹⁵⁸, d'effectuer un paiement en faveur d'un bénéficiaire, selon les conditions prévues à ladite lettre de

155 « La lettre de crédit stand-by est une garantie bancaire autonome émise sous la forme d'un crédit documentaire »; Renaud De Bottini et Éric A. Caprioli, note sous Versailles, 24 mai 1991, J.C.P. éd. G. 1992.II.21932. La position du professeur Dolan est à cet égard très éloquent. Dans un article publié dans le cadre de la réforme des Règles applicables aux garanties bancaires, ce qu'il est convenu d'appeler RUU 458, Règles et Usances Uniformes des Garanties à Demande, le professeur Dolan ne se gêne pas pour critiquer la position de la CCI en ce qui concerne la garantie bancaire et plus spécifiquement, la distinction « artificielle » qui existe entre la garantie et la lettre de crédit stand-by. *It concludes that the latest version of the ICC rules [Draft Uniform Rules for Guarantees] is problematic for two reasons. First, the ICC effort attempts to make an artificial distinction between guarantees and standby letters of credit.* J. F. DOLAN, *loc. cit.*, note 39, 237-238. Le professeur Goode parle aussi de synonymes dans leurs caractères essentiels: *Demand guarantees, performance bonds, performance guarantees, standby letters of credits, all are legally synonymous in their essential character*; R. GOODE, *loc. cit.*, note 1, 192 (nous soulignons).

156 Pour un aperçu général du sujet, voir: H. A. GEZT, *loc. cit.*, note 113, 189; W. MUGASHA, « Non-Documentary Conditions in Letters of Credit and Bank Guarantees », (1990) 5 *B.F.L.R.* 283.

157 Tout en réitérant l'aspect autonome de la lettre de crédit stand-by, Kevin P. McGuinness, dans son ouvrage *The Law of Guarantee*, fait état de la distinction qui existe avec une sûreté traditionnelle secondaire, telle qu'une hypothèque: *In practical terms, the payment obligation of the issuer of a standby credit is secondary (sic) but, as in the case of a traditional letter of credit arises upon compliance with the terms of the letter of credit, without reference to the actual facts of the underlying contract. Because the obligation under the letter of credit is separate and distinct from that of the underlying transaction, the obligation assumed by the issuer under the letter of credit cannot be viewed as being in the nature of a guarantee.* Kevin P. MCGUINNESS, *The Law of Guarantee*, Toronto, Carswell, 1986.

158 Selon la *Loi sur les banques canadiennes*, une institution financière est définie comme suit: « Selon le cas: a) une banque, b) une personne morale régie par la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*; c) une association régie par la *Loi sur les associations coopératives de crédit*; d) une société d'assurances régie par la *Loi sur les sociétés d'assurances*; e) une société de fiducie, de prêt ou d'assurance constituée en personne morale et régie par la loi provinciale; f) une société coopérative de crédit constituée en personne moral et régie par une loi provinciale; g) une entité constituée en personne morale ou formée sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale et dont l'activité est principalement le commerce des valeurs mobilières, y compris la gestion de portefeuille et la fourniture de conseils en placement; h) une institution étrangère (qui est elle-même définie comme: Toute entité qui, n'étant pas constituée — avec ou sans la personnalité morale — sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale, se livre à des activités fiduciaires, de prêt ou d'assurance, ou fait office de société coopérative de crédit ou fait le commerce des valeurs mobilières, ou encore, de tout autre manière, a pour activité principale la prestation de services financiers). » de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46 [L.R.C., B-1.01], art. 2. Voir: note 119.

crédit¹⁵⁹. De façon générale, les conditions prévues stipulent la production de certains documents. Bien que leurs fondements soient similaires, il n'en demeure pas moins qu'ils constituent deux instruments essentiellement différents, l'un servant au paiement des transactions et l'autre à en garantir la bonne exécution¹⁶⁰, sans en perdre sa nature propre¹⁶¹. K.P. McGuinness résume ainsi la distinction qui prévaut entre les deux institutions:

159 Les commentateurs officiels définissent ainsi la lettre de crédit: *A letter of credit is an idiosyncratic form of undertaking that supports performance of an obligation incurred in a separate financial, mercantile, or other transaction or arrangement.* Uniform Commercial Code (U.L.A.) § 5-101 (1995).

160 Selon Trudeau, il s'agit d'une distinction essentiellement économique, l'une servant de « mode de paiement », l'autre de « mode de compensation, pour le défaut d'exécution d'obligations »; Paul R. TRUDEAU, « Les garanties contractuelles exigées des exportateurs québécois de biens et de services », (1985) 45 *R. du B.* 163, 184.

161 Ce principe a été réitéré par le juge Wachowich de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Meridian Developements Inc. v. T.D. Bank and Nu-West*, précité, note 23, 159-161. Le juge analyse la nature de la lettre de crédit en regard de son utilisation à titre de paiement et de garantie et il en tire la conclusion que sa nature demeure intacte malgré son usage:

The nature of a letter of credit has been explored in both English and Canadian cases. [...]

This case, as do the English cases cited by counsel, exemplifies the more traditional use of the letter to guarantee payment in commercial transaction where goods and services are bought and sold. Here, however, a more novel use has been made of the letter of credit as a security device and to determine whether this use affects the nature of the document we must turn to American cases where the use of letters of credit, particularly in the way one was used here, is much more prevalent.

The nature of a letter of credit was explored in numerous cases relied by counsel for Meridian. East Girard Savings Ass. v. Citizens Nat. Bank and Trust Co. f Bagtown (1979), 593 F. (2d) 598, a decision of the U.S. Court of Appeals, Fifth Circuit, sets out the nature of the letters of credit at p. 601:

"... a letter of credit typically involves three separate contracts. First, the issuing bank enters into a contract with its customer to issue the letter of credit. Second, there is a contract between the issuing bank and the party receiving the letter of credit. Third, the customer who procured the letter of credit signs a contract with the person receiving it, usually involving the sale of goods or the provision of some service [...].

In recent years, letters of credit have been used for variety of commercial transactions [...]. The guaranty letter of credit is one of these recent innovations. The Guaranty letter of credit is designed to ensure that one or more parties to a contract will perform their duties under it. In a typical guaranty situation, the future owner of a building requires that the building contractor give him a completion bond providing for the payment of a certain sum of money if the building is not completed on schedule [...]."

At p. 602 the court continues: "Regardless of which form of letter of credit is used, upon compliance with the conditions contained in the letter, the recipient is entitled to full payment. This entitlement is independent of collateral obligations which may exist under the other underlying contracts [...]."

At p. 602 the court continues: "If the letter of credit wants to remain its utility as a commercial instrument, the rights and duties of the issuer, the beneficiary, and the procurer must remain clear. Parties to commercial transactions must be able to rely on the fact that as soon as the conditions contained in a particular letter are satisfied, payment is due. "

This case, and others cited by counsel for Meridian, clearly indicate that the nature of the letter of credit has not been changed by its use in greater variety of commercial transactions, notably as a guarantee. It exists as an independent contract between the bank and the person cashing or negotiating the draft and, if it is irrevocable, the bank is bound to honour it. (Nous soulignons.)

*Thus the letter of credit is not intended as a security for payment, but [...] is intended to be the method whereby the exporter will be paid. [...] In contrast, a standby credit is not furnished as a means of making payment, but as a method of providing security against the possibility of default. The standby letter of credit stands as security for payment or for the due performance of some other contractual, statutory or similar obligation*¹⁶².

Contrairement à la garantie bancaire, la lettre de crédit stand-by s'est principalement développée au États-Unis¹⁶³. Le Canada y aurait tout de même apporté sa contribution¹⁶⁴. Le

¹⁶² K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, note 137, p. 386; voir: *Consolidated Aluminium Corporation v. Bank of Virginia*, 544, F. Supp. 386, 394 (1982).

¹⁶³ C'est pour des raisons historiques que les Américains ont développé cet outil. Forcé par les tribunaux, qui interdirent aux banques américaines d'émettre des garanties bancaires de la nature de celles qui se sont élaborées en Europe, les banquiers ont adapté la lettre de crédit à leurs besoins, en créant la lettre de crédit stand-by. Voir: K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, note 137, p. 384. Selon Gezt, le développement de la lettre de crédit s'est réalisé grâce à la nature dite « documentaire » du crédit: *The documentary nature of the bank's undertaking is generally perceived as the factor distinguishing the standby letter of credit from the bank guarantee; the issuance of bank guarantees is ultra vires in most United States banks*. H. A. GEZT, *loc. cit.*, note 113, 246. Dans le même sens, Trudeau, en se fondant sur la jurisprudence québécoise et en se référant à Hannani, conclut également que les principes généraux du crédit documentaire s'appliquent aux lettres de garantie. P. R. TRUDEAU, *loc. cit.*, note 140, 184; Gezt conclut son texte sur l'analyse et l'impact de la saga judiciaire des affaires iraniennes concernant les lettres de crédit, de la façon suivante: *The Iranian letter of credit cases presented the first major opportunity for the United States courts to contribute to the positive development of the standby letter of credit as a means of guaranteeing performance of independent obligation; id.*

¹⁶⁴ Comme la loi des banques canadiennes* leur permet d'émettre directement des garanties bancaires indépendantes, les banques n'ont pas eu à développer des moyens alternatifs pour arriver à leurs fins. Néanmoins, selon l'auteur K. P. McGuinness, les banques canadiennes auraient récemment suivi la tendance américaine en émettant à leur tour des garanties « bancaires » sous forme de lettres de crédit stand-by. L'auteur conclut: *Nevertheless, Canada's chartered banks constitute the largest domestic source of standby letters of credit, even though they may provide their customers with the benefit of a bank guarantee*; K. P. McGuinness, *op. cit.*, note 137, p. 385; Bruce C. BARKER, Sam BILLARD, Philip H. BUXTON, « Standby Letter of Credit Supporting Long-Term Debt and Securitizations », (1992) 7 *B.F.L.R.*, 293-294; *contra*: A. Peters affirme plutôt que la *Loi sur les banques* ne permet pas à une banque d'émettre une garantie indépendante, sans que celle-ci prenne la forme d'une lettre de crédit stand-by:

Banks in Canada may, of course, now issue guarantees as such, subject to the restrictions of Bank Act. Although the term "guarantee" used in the Bank Act "includes" a letter of credit, there are no provisions of the Bank Act which equate a guarantee to a letter of credit for the purposes of characterising or fixing the bank's liability upon a guarantee. Conversely, there are no provisions in the Bank Act which expressly provide for a letter of credit to be treated as surety instrument or guarantee for the purposes of determining the bank's liability thereon. If a bank issues a "guarantee", it will undoubtedly be a surety and therefore entitled to all the rights afforded to any surety under guarantee law. Those rights may give the bank additional defences in the case of a demand, as well as clear rights of subrogation on payment; Alan PETERS, « Standby Letters of Credit in Financing Transactions », (1994) 13 *National Banking Law Review* 44 (nous soulignons).

*: (*Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46 [L.R.C., B-1.01], art. 414(1): *Il est interdit à la banque de garantir au nom d'un tiers le paiement ou le remboursement d'une somme d'argent, sauf si, d'une part, il s'agit d'une somme fixée avec ou sans intérêts et, d'autre part, la personne au nom de qui elle fournit la garantie s'est engagée inconditionnellement envers elle à lui remettre le plein montant*).

développement s'est donc effectué de façon parallèle à celui de la garantie bancaire, qui a évolué essentiellement dans le continent européen¹⁶⁵.

Un aspect notable distingue le système européen, principalement basé sur la théorie de la garantie bancaire, et le système américain fondé sur celle de la lettre de crédit stand-by. Il s'agit de leur mode de paiement: la garantie étant essentiellement payable à demande et la stand-by, sous forme documentaire¹⁶⁶. Il semble qu'il y ait eu un certain rapprochement sur ce point particulier. Ainsi, la stand-by serait émise sous une nouvelle forme appelée *clean credits*. Il s'agit en l'occurrence d'une forme de paiement à première demande, sans justification documentaire¹⁶⁷.

¹⁶⁵ W. MUGASHA, *loc. cit.*, note 136, 313.

¹⁶⁶ C'est-à-dire que la lettre de crédit stand-by requière la présentation de documents.

¹⁶⁷ Sous cette nouvelle forme, la lettre de crédit stand-by semble déroger à l'un de ses principes fondamentaux, soit le paiement sur présentation des documents appropriés. Selon M. Mugasha, l'exigence d'une condition documentaire pour les lettres de crédit stand-by doit demeurer la règle et le recours aux conditions non documentaire, l'exception: *Non-documentary conditions should remain an exception both in practice and in the perception of the Courts*. W. MUGASHA, *loc. cit.*, note 136, 322. Il semble que ce principe ait été retenu dans la version révisée de l'article art. 5-108(g) du *UCC art. 5* dans lequel on prévoit la primauté documentaire: *If an undertaking constituting a letter of credit under 5-102(a)10 [supra, note 73] contains nondocumentary conditions, an issuer shall disregard the nondocumentary conditions and treat them as if they were not stated*. Uniform Commercial Code (U.L.A.) § 5-108 (g) (1995).
Pour les commentateurs officiels, il semble que cette formulation soit suffisamment permissive pour permettre une certaine exception au principe documentaire:

Although Section 5-108(g) recognises that certain nondocumentary conditions can be included in a letter of credit without denying the undertaking the status of the letter of credit, that section does not apply to cases where the nondocumentary condition is fundamental to the issuer's obligation. Uniform Commercial Code (U.L.A.) § 5-102(a)6 Comment (1995).

Subsection (g) recognises that letters of credit sometimes contain nondocumentary terms or conditions. [...] Where the nondocumentary conditions are central and fundamental to the issuer's obligation (as for example a condition that would require to determine in fact whether the beneficiary had performed the underlying contract or whether the applicant had defaulted) their inclusion may remove the undertaking from the scope of Article 5 entirely.

Subsection (g) would not permit the beneficiary of the issuer to disregard terms in the letter of credit such as place, time and mode of presentation. The rule in subsection (g) is intended to prevent an issuer from deciding or even investigating extrinsic facts, but not from consulting the clock, the calendar, the relevant law and practice, or its own general knowledge of documentation or transactions of the type underlying a particular letter of credit.

Even though nondocumentary conditions must be regarded in determining compliance of a presentation (and thus in determining the issuer's duty to the beneficiary), an issuer that has promised its applicant that it will honor only on the occurrence of those nondocumentary conditions may have liability to its applicant for disregarding the conditions. Uniform Commercial Code (U.L.A.) § 5-108(g) Comment (1995).

Conséquemment, les codificateurs semblent vouloir mettre un frein au développement des *clean credit* et leurs commentaires à ce sujet sont plutôt éloquent¹⁶⁸. Sans parler d'une approche « dogmatique », il y a lieu de souligner qu'elle se démarque de la solution antérieurement développée par les tribunaux américains. Manifestement, les codificateurs ont haussé la barre. Pour être en mesure de stopper un paiement dans le cadre d'une lettre de crédit stand-by, le fardeau de la preuve sera certainement plus élevé pour le donneur d'ordre, compte tenu du caractère matériel de la fraude exigé par la réforme du *UCC*.

Un autre point intéressant à souligner concerne les règles applicables aux lettres de crédit stand-by. Elles peuvent à la fois être soumises aux règles de la CCI 500 et à celles du *UCC art. 5*. Depuis peu, la CNUGILCS, la loi type récemment adoptée par la CNUDCI¹⁶⁹, régleme la garantie bancaire et la stand-by dans le cadre d'un même texte. La CCI a plutôt scindé en deux textes distincts ces instruments similaires. Nous approfondirons davantage cette question dans le chapitre concernant le droit applicable.

En terminant, soulignons que le problème de terminologie mentionné en introduction de notre mémoire¹⁷⁰, mérite d'être soulevé à nouveau dans le cadre de la lettre de crédit stand-by. Une des difficultés à laquelle sont soumis les juristes et autres utilisateurs de ces instruments est la « non-dissociation », dans les décisions des tribunaux nord-américains, des deux concepts: soit la lettre de crédit et son complément, la lettre de crédit stand-by¹⁷¹. La « non-dissociation » comporte son lot d'inconvénients, mais peut par ailleurs s'avérer avantageuse pour l'élaboration de certaines théories

¹⁶⁸ K. P. McGuinness, *op. cit.*, note 137, p. 381. Les commentateurs officiels du *UCC* définissent l'expression *clean credit* de la façon suivante: *Whether a beneficiary can commit fraud by presenting a draft under a clean letter of credit (one calling only for a draft and no other documents) has been much debated. Under the current formulation it would be possible but difficult for there to be fraud in such a presentation. [...] The courts should be sceptical of claims of fraud by one who has signed a "suicide" or clean credit and thus granted a beneficiary the right to draw by mere presentation of a draft.* Uniform Commercial Code (U.L.A.) § 5-109 (a) comment (1995) (nous soulignons).

¹⁶⁹ La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, Comme nous le verrons dans la section 2.2. *Textes applicables aux garanties bancaires internationales*, a été adopté en décembre 1995; *infra*, p. 62.

¹⁷⁰ *Supra*, p. 4.

¹⁷¹ Ian F. G. BAXTER, *The Law of Banking*, 4 ed., Toronto, Carswell, 1992, p. 192-193.

susceptibles, avec les modifications nécessaires, de résoudre des problèmes communs aux deux instruments¹⁷².

4° Distinctions avec le *Performance bond*

Le *performance bond*¹⁷³ consiste en une sûreté secondaire, qui est généralement offerte par une compagnie d'assurance ou de cautionnement¹⁷⁴. Ce n'est pas à proprement dit un contrat d'assurance, il s'agit plutôt d'un contrat d'indemnité. Ainsi l'émetteur s'engage à indemniser le bénéficiaire de toute perte résultant du défaut du débiteur, dans les limites du *bond*. Leur engagement consiste généralement à indemniser ou à compléter les travaux, conformément au contrat principal, et ce, par suite au défaut du débiteur. Il s'agit somme toute du pendant, en common law, du cautionnement. Il y a, à cet égard, comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, une très grande similitude entre ces deux instruments.

Les *Performance bonds* sont utilisés dans le commerce international pour les mêmes motifs que la garantie bancaire; soit pour s'assurer de la bonne exécution des obligations du débiteur découlant du contrat principal. On les retrouve surtout dans le domaine de la construction. Cela étant dit, une certaine confusion demeure sur la nature de cet instrument. Elle est due en partie au problème de terminologie¹⁷⁵.

¹⁷² Cet aspect sera particulièrement intéressant en regard de la mécanique de la fraude qui est similaire dans les deux cas; *infra*, pp.106 et suivantes.

¹⁷³ Les *bonds* se regroupent sous trois formes principales, le *bid bond*, le *performance bond* et le *payment bond*. Bien que nous nous limitons à commenter les *performance bonds*, les explications sont également applicables aux autres types de *bonds*; Emmanuel GOLDSMITH, Thomas G. HEINTZMAN, *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4 ed. Toronto, Carswell, 1988, 9.1-9.2.1.

¹⁷⁴ Celle-ci se retrouve principalement en droit canadien et américain: W.C. GRAHAM, Q.C. Jan MATELCEK, « The Law and Practice Relating to the Use of Letters of Credit and Performance Bonds in Securing Contractual Performance in Canada and the United States », dans Henry LESGUILLONS (dir), *op. cit.*, note 75, p. 55.

¹⁷⁵ Ainsi, selon les cas, l'expression *Performance bond* renvoie soit à une garantie accessoire soit à une garantie principale. La première est la plus fréquente et nous allons retenir cette forme à titre de référence. On la rencontre principalement en droit canadien, américain et en anglais. Néanmoins, c'est également en droit anglais et international que l'on retrouve la seconde forme de *Performance bond*. Tout comme la garantie bancaire et la lettre de crédit stand-by, il s'agit d'un contrats autonomes et indépendants. Horn et Wymeersch l'évoquent avec clarté:

Il existe d'importantes distinctions avec le garantie bancaire, surtout du point de vue du bénéficiaire. Les conditions de paiement sont différentes. Les exigences de paiement pour les *Performance bonds* sont généralement plus contraignantes. Les conditions de paiement sont directement liées à l'exécution des obligations du contrat principal. Ainsi, en cas de défaut du débiteur de s'exécuter conformément audit contrat, le créancier se retourne vers l'émetteur du *bond* pour lui demander qu'il prenne en charge les travaux non complétés par le débiteur, ou encore pour être indemnisé pour la perte subie par suite du défaut du débiteur. Il est aussi fréquemment exigé que le bénéficiaire démontre qu'il a lui-même exécuté ses propres prestations au contrat, avant de pouvoir bénéficier de la sûreté¹⁷⁶.

Puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat indépendant mais bel et bien d'une obligation secondaire au contrat principal, les termes et conditions du *Performance bond* font directement référence aux exigences du contrat principal¹⁷⁷. L'émetteur du *bond* doit, suivant une demande de paiement, se référer au contrat principale en plus du contrat de *bond*, pour évaluer si la demande de paiement est réellement couverte par le *bond*; i.e. qu'il il doit évaluer, en se référant au contrat principal, s'il y a effectivement défaut du débiteur, selon les termes et conditions de ce contrat.

Il n'est pas difficile d'imaginer les conséquences pour le bénéficiaire de cette double vérification et surtout de celle découlant du contrat principal. L'émetteur du *bond* peut refuser la demande du bénéficiaire en invoquant tous les moyens de défense offerts au débiteur¹⁷⁸. Dans ces

This concept is still used occasionally in international practice, especially with respect to construction contracts. More often, however, a performance bond in international business practice denotes a primary obligation to pay a sum of money, similar to a bank guarantee or, to use the British term, an indemnity. Under English law a bond simply denotes an « instrument under seal, usually by deed pool, whereby one person binds himself to another for the payment of a specified sum of money either immediately or at a fixed future date » (Haibury's Law of England Vol. 3, pp. 329-330 [3rd ed. 1970]); N. HORN, E. WYMEERSCH, loc. cit., note 1, 461. (Nous soulignons.) Voir: R. GOODE, loc. cit., note 1, 192.

¹⁷⁶ W.C. GRAHAM, Q.C. Jan MATELCEK, *loc. cit.*, note 155, 54.

¹⁷⁷ W.C. GRAHAM, Q.C. Jan MATELCEK, *id.*, 56.

¹⁷⁸ À ce sujet, le savant auteur Goldsmith nous résume la délicate situation dans laquelle se retrouve le bénéficiaire face à ce type de garantie: *As a contractor must be in default under his contract before any liability under the bond can arise, any defence which would be open to the contractor in an action under the contract is equally open to the bonding company in resisting a claim under the bond; i.e. it is always open to the bonding company to establish that there has been no breach of contract by the contractor, and accordingly there is nothing in respect of which it is liable to indemnify the owner. If, for example, the contractor's failure to*

circonstances, le bénéficiaire se voit contraint d'entamer des procédures judiciaires lourdes et onéreuses contre l'émetteur du *bond* et il aura, de surcroît, le fardeau de la preuve.

Ainsi se termine le chapitre général de la définition et de la nature juridique de la garantie. Le prochain chapitre portera sur l'aspect du droit applicable en la matière. Il s'agit d'un sujet très vaste pour lequel nous tenterons de nous en tenir à l'essentiel.

2° RÉGIME DE LA GARANTIE BANCAIRE

Le droit d'un garant de refuser d'effectuer le paiement prévu à la garantie sera fonction de la loi applicable audit contrat de garantie. Le choix ou sa détermination par le tribunal peut devenir crucial pour le traitement du litige impliquant les parties à la garantie. Le présent chapitre sera consacré aux règles régissant le choix du droit applicable au contrat de garantie bancaire. Sans entrer dans les détails des règles du droit international privé, ou du droit national des pays à l'étude, nous nous limiterons autant que possible à mentionner le résultat découlant de l'application desdites règles.

A. Perception

Nous ne pourrions passé sous licence dans le cadre de cette section portant sur les règles applicable, la délicate question du droit applicable au garanties bancaires. Il faut souligner que la loi applicable au contrat relève, de prime abord, de la libre détermination des parties. En pratique, par contre, il semble que les parties s'abstiennent de déterminer la loi applicable car, dans la majorité des cas, cette clause n'est pas incluse par les parties au contrat¹⁷⁹. Il y a lieu de noter que même

complete, or his delay in completion, is the result of acts of the owner, or is due to circumstances for which under the contract he is not liable, he is not guilty of a breach of contract, and the bonding company is not liable under the bond. I. GOLDSMITH, Thomas G. HEINTZMAN, *op. cit.*, note 154, p. 9.9.

¹⁷⁹ G. VAN HECKE, *loc. cit.*, note 66, 455; En l'absence de stipulation, il faut tenir compte, dans le cadre d'un contrat impliquant une partie issue de la Communauté européenne, de la Convention de Rome. La loi applicable sera généralement celle de la loi de la prestation la plus caractéristique. Conséquemment, la loi retenue sera fréquemment celle du garant ou du contre-garant. Il va sans dire que, compte tenu du caractère

lorsqu'une telle clause est inscrite dans le contrat de garantie, de base ou de contre-garantie, elle ne lie que les parties à ces contrats.

Bien que la pratique des garanties bancaires soit assez uniformisée, notamment grâce aux règles de la CCI et des *UCC*, la question du droit applicable dans le cadre des contrats internationaux soulève tout de même un intérêt important parmi les juristes¹⁸⁰. Comme il s'agit de droit international, nous aurions tendance à croire que les règles de droit international privé ont une place primordiale quant au choix du droit applicable. La réponse n'est pas si simple.

Diverses décisions recensées par l'auteur Bertrams démontrent plutôt que les règles de droit international privé ont très peu d'incidence sur le droit applicable aux garanties bancaires¹⁸¹. Cela s'expliquerait par le fait que cette technique de garantie, et le droit s'y rattachant, ont été développés sur la base du droit transnational, loin des structures et concepts du droit domestique¹⁸².

Ainsi, le droit international privé ne sera pertinent que dans le cadre des questions particulières concernant, par exemple, l'exécution des garanties bancaires, telles que la force exécutoire de la date d'expiration de la garantie, les intérêts et les dommages résultant d'un paiement fait en retard, la formation du contrat de garantie, le lieu de paiement, etc. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là de questions fort intéressantes, qui à elles seules, pourrait constituer un sujet de mémoire. Nous nous limiterons donc à ces quelques lignes, laissant le plaisir à nos confrères de poursuivre cette fascinante question.

autonome de la garantie, il n'y a aucune raison de retenir la loi applicable au contrat de base. Par ailleurs, l'article 27 des RUGD confirme ces solutions.

¹⁸⁰ On peut citer, entre autres, deux mémoires de maîtrise qui ont porté spécifiquement sur la question. Le premier a été publié et réalisé à l'Université de Harvard par Matti Kurkela et le second à l'université de Montréal par Audi Gozland: Matti KURKELA, *Letters of Credit Under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant*, New York, Oceana Publications Inc., 1985, 517 p.; Audi Gozland, « Rules Applicable to international Letters of Credit in Matters of Conflict of Laws: A Comparative Study », (1994) 13 *Nat. B.L. Review* 58. Il va sans dire que nous tenterons de résumer la question sans entrer dans les multiples détails, faute de quoi, le sujet de ce mémoire ne saurait être abordé dans un nombre de pages acceptable. On ne saurait passer sous silence l'ouvrage de M. Rossi: T. ROSSI, *op. cit.*, note 1, p. 308.

¹⁸¹ R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 62.

B. Textes applicables

Cette section sera essentiellement consacrée aux diverses réglementation à la quelles les garanties bancaire peuvent être soumises. Il n'existe pas, à proprement parler, de législation¹⁸³ internationale régissant ces garanties. Par contre, certains organismes privés ou publics, de même que certaines législations nationales ont développé des règles applicables aux garanties internationales.

Avant d'aborder l'analyse des diverses règles applicables aux garantie bancaires plus particulièrement les règles de la CCI, de la CNUDCI, de même que celles du *UCC* américain, nous ferons un bref survol de la *lex mercatoria*.

La *lex mercatoria*, l'usage international et la pratique internationale constituent des sources d'interprétation de cet instrument. Ainsi, à défaut d'invoquer les RUU ou le RUGD dans un contrat de crédit ou de garantie, la lettre de crédit ou de garantie en tant qu'instrument est soumise à la *lex mercatoria*, donc aux règles de droit commun et à l'usage commercial. À cet égard, certains auteurs écrivent que les RUU représentent elles-mêmes le meilleur modèle d'usage commercial que l'on puisse trouver¹⁸⁴. Même avant la publication de ces règles, la lettre de crédit était considérée comme faisant partie de la *lex mercatoria*¹⁸⁵.

182 R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 62; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, précité, note 62, p. 82; J. F. DOLAN, *loc. cit.*, note 39, 263.

183 Législation, dans le sens d'un ensemble de lois, de textes législatifs, de normes juridiques dans le domaine des garanties internationales, tel que défini par *Le Robert de la langue française*. Il n'existe pas d'ordre législatif ayant le pouvoir d'émettre des normes contraignantes dans ce domaine du droit. Seules les législations nationales peuvent émettre de telles normes, dont l'application est restreinte à la limite territoriale de ladite juridiction. Voir: J. Brian CASEY, « *Letter of credit: what they are and how they work* », *Letters of credit - Application in domestic and international transactions*, Insight Press, Toronto, 1994, p. 19. Est-il nécessaire de rappeler la décision fondamentale de la Cour de cassation de Paris du 20 déc. 1982, 2e arrêt: où il est affirmé que le contrat de garantie autonome est « régi par les seules dispositions de la lettre de garantie ».

184 Gordon B. GRAHAM et Benjamin GEVA, « *Standby Credits in Canada* », (1984) 9 *Can. Bus. L.J.* 180-187; M. KURKELA, *op. cit.*, note 178, p. 17; T. ROSSI, *op. cit.*, note 13, p. 159.

185 M. KURKELA, *op. cit.*, note 179, pp. 14 et 21; Kurkela ajoute que la pratique des lettres de crédit s'est développée de façon considérable et fonctionne si bien malgré l'état de confusion des théories juridiques relatives à cet instrument. C'est une preuve de leur caractère supranational qui trouve appui dans la *lex mercatoria* plutôt que dans les droits étatiques.

Le tribunal de Paris a aussi affirmé que les RUU étaient une codification de la pratique internationale du crédit documentaire constituant une source du droit et pouvant s'appliquer en l'absence d'une référence expresse¹⁸⁶.

La force obligatoire des RUGD en tant que *lex mercatoria*¹⁸⁷ est moins claire que celle des RUU. Il y a lieu de souligner que les règles antérieures, les RUG, n'ont pas trouvé preneur auprès de la communauté des marchands, empêchant du même coup leur reconnaissance en tant que *lex mercatoria*¹⁸⁸. Est-ce que le compromis qui a permis d'établir les RUGD leur permettra d'obtenir une approbation universelle? Il est encore trop tôt pour répondre à cette question. Par contre, même si les règles de la CCI 325 ne constituent pas en soi une *lex mercatoria*, l'outil financier qu'est la garantie bancaire internationale, qui a continué d'être émise par les commerçants sans se soucier des directives de la CCI, est sans aucun doute considéré comme faisant partie de la *lex mercatoria*, tout comme la lettre de crédit l'a été avant sa « codification ».

1° CCI

La Chambre de commerce internationale (CCI) régleme depuis de nombreuses années plusieurs aspects de la pratique du commerce international. Nous nous concentrerons sur deux règles particulières de la CCI, soit les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (CCI n° 500 ou RUU 500), qui s'appliquent également aux lettres de crédit stand-by et les règles uniformes pour les garanties à demande (CCI n° 458 ou RUGD).

¹⁸⁶ Trib. com. Paris, 8 mars 1976, (1976) *D.M.F.* 558, *Rev. jur. com.* 1977.72, note Le Guidec, Trib. com. Paris, 17e ch. 11 mai 1988, (1988) 4 *J.D.I.* 1026, note Ancel.

¹⁸⁷ Est-il nécessaire de rappeler que la *Lex mercatoria* est généralement définie comme étant le droit commun des marchands, c'est-à-dire: l'ensemble des règles utilisées par les opérateurs du commerce international. Il s'agit d'une des exigences essentielles: les règles composant la *lex mercatoria* doivent être acceptées et utilisées par les intervenants du commerce mondial. *Contra*: Pour le professeur Prüm « [...] les forums internationaux organisés au sein de la CCI et de la CNUDCI contribuent à la formation de nouveaux usages, une sorte de "*lex mercatoria*", s'imposant aux opérateurs du commerce international »; A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. VIII.

¹⁸⁸ T. ROSSI, *op. cit.*, note 13, p. 160.

Les RUU. Elles sont un ensemble de règles et de pratiques visant à définir un cadre de référence pour les parties contractantes qui acceptent mutuellement de s'y soumettre¹⁸⁹. Le RUU 500 est la version la plus récente¹⁹⁰ de ces règles qui régissent à la fois le crédit documentaire et la lettre de crédit stand-by¹⁹¹.

Les RUU ont été élaborées dans le but d'harmoniser et de faciliter l'utilisation des crédits documentaires ou des lettres de crédit dans le commerce international¹⁹². Elles fournissent un cadre spécifique pour ces opérations et même pour les stand-by, avec les adaptations nécessaires dues à leur finalité: garantir. Dans la présente section, nous nous attarderons plus en profondeur sur certains aspects de ces règles.

Les RUGD. La CCI réglemente depuis 1978 les garanties bancaires. Les premières règles, les CCI 325, n'abordaient que partiellement les divers rapports existant dans la relation complexe de

¹⁸⁹ Les RUU n'ont pas à proprement parler de valeur législative. Leur force réside dans l'adhésion quasi universelle des banques et des commerçants. Voir: J. Brian CASEY, *loc. cit.*, note 182, 19.

¹⁹⁰ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994.

¹⁹¹ Les RUU 400 ont rendu les lettres de crédit stand-by applicables aux mêmes règles que les lettres de crédit. L'art. 1: « Les présents articles s'appliquent à tous les crédits documentaires, y compris, dans la mesure où ils seraient applicables, aux lettres de crédit stand-by [...] » (nous soulignons). Dans un rapport présenté en 1988, Le Secrétariat de la CNUDCI s'est attardé à cette dernière question, à savoir, quelles sont les parties des Règles applicables aux Stand-by? « [Pour la CNUDCI,] aucune règle, ni directive ne permet de déterminer quels articles des Règles et usances uniformes sont de fait applicables aux lettres de crédit stand-by. [...] Si l'on peut aisément répondre de manière générale aux questions qui se posent en matière d'applicabilité, de nombreuses incertitudes demeurent en ce qui concerne les questions concrètes. Ainsi, les dispositions générales et les définitions énoncées aux articles premier à 6, les règles sur la forme et la notification des crédits (art. 7 à 14), et sur les responsabilités des banques (art. 15 à 21) sont considérées comme généralement applicables. [...] D'une manière générale, les dispositions qui ne seront pas applicables sont celles qui ont trait aux documents de transport, d'assurance et aux factures commerciales (art. 22 à 42) et qui sont axées sur le crédit documentaire traditionnel des opérations de vente. [...] Certaines dispositions diverses des [RUU] (art. 43 à 53) sont applicables aux lettres de crédit stand-by et d'autres ne le sont pas. De plus, certains articles peuvent n'être que partiellement applicables; art. 44. [...] Pour ce qui est de certains articles, on ne sait pas s'ils s'appliquent ou non à la lettre de crédit stand-by. [...] [L]a Commission de technique et pratiques bancaires de la CCI est saisie de cette question. » Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301), par. 53-56.

¹⁹² Après la Première Guerre mondiale, les banquiers désiraient établir des règles pour l'utilisation du crédit documentaire international. Leur objectif était à la fois de codifier les usages antérieurs, de dégager les solutions applicables aux cas non réglés et d'unifier les pratiques divergentes. Cet effort, jumelé à celui de la CCI, permis à la CCI de publier en 1933 la brochure n° 82, soit les premières Règles uniformes relatives aux crédits documentaires. Ont suivi depuis quatre autres révisions, celle de 1951, CCI 151, celle de 1962, CCI 222, celle de 1974, CCI 290 et finalement celle de 1983, CCI 400. Depuis 1962 ces Règles sont universellement utilisées.

cette garantie indépendante. Le fait marquant de ces règles constitue sans doute la volonté de la CCI de supprimer la pratique dite des garanties à première demande¹⁹³. Ce faisant, les Règles 325 n'ont pas trouvé preneur. Elles sont pratiquement demeurées lettre morte dans la communauté des commerçants internationaux.

Constatant l'échec des premières règles, qui aux dires mêmes de la CCI, « se sont avérées trop éloignées des pratiques bancaires et commerciales en vigueur ... »¹⁹⁴, la CCI s'est remise au travail pour présenter, en 1992, les nouvelles règles applicables aux garanties bancaires¹⁹⁵: *Les règles uniformes relatives aux garanties sur demande* (publication n° 458 ou RUGD).

Ces règles sont plus complètes que les précédentes. Par contre, certaines questions très importantes, en pratique, ne sont pas traitées par les nouvelles Règles. Il y a entre autres, les recours après paiement et les procédures de blocage de paiement de la garantie et contre-garantie¹⁹⁶. Elles couvrent évidemment les garanties documentaires et incluent théoriquement les garanties à

¹⁹³ La CCI a donc refusé (et refuse toujours; voir: J. F. DOLAN, *loc. cit.*, note 39, 237-238) de « codifier » la pratique commerciale en vigueur. Les Règles 325 imposaient entre autres comme exigence, une preuve indépendante (art. 9), pour que le bénéficiaire puisse obtenir le paiement de la garantie. La raison avancée étant le souci de moraliser la pratique des garanties et ainsi d'éliminer les demandes de paiement dites frauduleuses:

« L'objectif de ces Règles est de réaliser un juste équilibre entre les intérêts légitimes des parties concernées: bénéficiaire [...] donneur d'ordre [...] et garant. L'utilisation et l'application des Règles sont facultatives mais en offrant aux parties des solutions préétablies aux problèmes qui surgissent fréquemment au sujet des garanties contractuelles, les Règles peuvent aussi permettre d'empêcher certaines pratiques qui ont été critiquées et faciliter ainsi un accord entre les parties sur les termes d'une garantie.

[...] De même un bénéficiaire qui exigerait une garantie payable nonobstant toute contestation de quelque nature qu'elle soit, par exemple une «garantie sur simple demande», ne devrait pas accepter une référence aux Règles à moins que ne soit expressément écartée l'application de l'art. 9. » *Formules normalisées pour l'émission de garanties contractuelles*, CCI 406, p. 3-4 (nous soulignons).

¹⁹⁴ Avant propos, *Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties aux demande*, ICC Publishing S.A., Paris, P. 2; Plusieurs motifs ont été soulevés pour expliquer cet échec. L'un de ceux-ci constitue le doute quant à la nature même de la garantie: « [L]a nature de la garantie n'est pas énoncée d'une manière qui lève toute équivoque. On pourrait même avoir le sentiment que les garanties secondaires sont couvertes par les règles lorsqu'on constate, par exemple que le terme sûreté figure à l'article premier [...]. » Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301), par. 64

¹⁹⁵ Selon l'art. 2 CCI 458, les Règles sont applicables: « [À] toute garantie [indépendante], "bond" ou autre engagement de payer, quelle qu'en soit la dénomination ou description [...]. » Elle ne s'applique, évidemment, ni aux cautionnements et autres engagements accessoires [...], tel que spécifié dans l'Introduction, CCI 458.

¹⁹⁶ Pour Piedelièvre, il s'agit d'une erreur des rédacteurs. Ils se sont limités à régler le contrat de garantie en soi, c'est-à-dire seulement le rapport entre le garant et le bénéficiaire, plutôt que de l'opération de garantie dans son ensemble. Stéphane PIEDELIÈVRE, « Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande », (1993) 46 *RTD com.*, 616.

première demande¹⁹⁷. En pratique, pour qu'elles leur soient applicable, il devra être stipulé, au contrat de garantie, que l'article 20 RUGD, qui prévoit des conditions de paiement documentaire, est non applicable à ladite garantie.

Les RUGD introduisent également des dispositions relatives à la contre-garantie. Comme les RUU, les RUGD demeurent d'application volontaire¹⁹⁸. Par contre, la CCI maintient sa distinction entre les garanties bancaires et les lettres de crédit stand-by et n'inclut pas de façon spécifique leur application aux dites RUGD¹⁹⁹. Bien qu'il serait fort intéressant de procéder à une étude plus exhaustive de ces nouvelles règles, nous nous limiterons dans la présente section à ces brefs commentaires.

¹⁹⁷ Telle que mentionné dans l'Introduction même de la CCI 458, ces nouvelles Règles, comme les anciennes d'ailleurs (CCI 325), exigent comme condition de paiement, la production d'un écrit spécifiant « que le Donneur d'ordre a manqué son ou ses obligations selon le(s) contrat(s) de base [...] et en quoi le Donneur d'ordre a manqué à ses obligations »; art. 20. Néanmoins, il est prévu que ces exigences « s'applique[nt] pour autant qu'il n'est pas expressément exclu par les termes de la Garantie »; art. 20 c) CCI 458. Donc pour être applicable aux garanties à première demande, elle devra prévoir, soit d'exclure ou de modifier l'article 20 dans la rédaction du contrat de garantie en soi. Tout comme pour le CCI 325, où on avait exclu les paiements à première demande, dans le but de « moraliser la pratique des garantie ». (Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301), par. 65). La CCI maintient sa position moralisatrice, dans sa nouvelle version des RUGD. On peut lire dans les commentaires sur l'étude du projet desdites Règles, que « [l]a garantie sur simple demande n'a pas été mentionnée dans l'article [20] (prévoyant les conditions de demande de paiement) afin de dissuader les intéressés d'y recourir, mais ce type de garantie n'a pas pour autant été exclu de manière expresse ». Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/316), par. 84).

¹⁹⁸ Pour être applicable, les parties doivent stipuler expressément dans l'ordre d'émission d'une garantie qu'elle est soumise aux RUGD (CCI 458). À défaut de spécification expresse, rien n'empêcherait un juge ou un arbitre d'appliquer ces dernières Règles, à moins qu'elles n'aient pas reçu l'approbation générale de la communauté marchande qui refuserait, comme cela fut le cas pour les CCI 325, de s'y référer.

¹⁹⁹ « Les crédits stand-by sont déjà régis par les RUU 400 [lire 500]. Ils sont devenus des instruments de soutien financier à tout usage, utilisés dans une gamme d'activités financières et commerciales beaucoup plus étendue que les garanties sur demande, et impliquent régulièrement des pratiques et procédures [...] rarement rencontrées à l'occasion de garanties sur demande et qui rapprochent plutôt les crédits stand-by des crédits documentaires. En conséquence, bien que les crédits stand-by entrent du point de vue technique dans la définition des garanties sur demande, il convient de prévoir que les émetteurs de crédit stand-by continueront à se servir des RUU qui sont à la fois plus détaillées et mieux adaptées aux besoins particuliers de ces crédits. » Introduction, CCI 458. Nous avons pris la peine de citer cette directive ou « souhait » de la CCI, car nous émettons une sérieuse réserve sur cette orientation de la CCI. Voir: les commentaires de Dolan concernant ce qu'il qualifie être une distinction artificielle; J. F. DOLAN, *loc. cit.*, note 39, 237-238. *Contra*: Théoriquement, la stand-by pourrait aussi être régie par les RUGD, puisque selon son art. 2, il est défini qu'elles couvrent toute garantie autonome, « quelle qu'en soit l'appellation ou la description » payable sur présentation d'un demande écrite et des autres documents exigés selon les termes de la garantie; voir: Boris. KOZOLCHYK, « Bank guarantees and letters of credit: Time for a Return to The Fold », (1989) *J. Int. Bus. L.* 7, p. 60; Paul S. TURNER, « Revised UCC Article 5: The New U.S. Uniform Law on Letters of Credit », (1996)11 *BFLR* 207.

Il est encore trop tôt pour savoir si ces nouvelles règles seront plus populaires que les précédentes, mais les modifications apportées se rapprochent davantage de l'objectif recherché par les commerçants internationaux²⁰⁰. Le principal résultat et non le moindre, consiste certainement en l'ouverture faite par le CCI, permettant dorénavant aux commerçants d'utiliser la garantie à première demande tout en étant couvert par les règles de la CCI. Au paragraphe suivant, nous verrons comment la CNUDCI s'efforce de concilier cette dichotomie qui persiste dans le domaine des garanties bancaires et des lettres de crédit.

²⁰⁰ Il semble que les RUGD furent le résultat d'une difficile concertation et que le produit final constitue en fait un texte de compromis; voir: M. VASSEUR, « Les nouvelles règles de la Chambre de Commerce Internationale pour les "garanties sur demande" », (1992) 3 *R.D.A.I.* 239, 290. L'une des conditions de paiement les plus fréquentes dans les garanties bancaires consiste en un paiement dit à première demande, sans preuve aucune. Plusieurs qualifient ce type de garantie à première demande comme étant suicidaire, en raison entre autres, des nombreux appels abusifs qu'elle peut engendrer et qu'elle a engendrés par le passé. Par contre, pour d'autres, ces garanties à première demande résultent de la négociation des parties au contrat principal. Personne n'est forcé de se placer en position de faiblesse. Les commerçants sont les mieux positionnés pour évaluer le risque qu'ils sont prêts à accepter dans une transaction. Cette notion de risque sera également analysée dans la deuxième partie de notre Mémoire. Il va sans dire que les garanties à première demande ont pour objectif d'assurer au bénéficiaire que la prestation du contrat de base sera bel et bien exécutée par le donneur d'ordre. Comme nous l'avons déjà mentionné, dans le cadre de contrats internationaux, il est très difficile et peu pratique, voir très onéreux, de procéder par la voie des tribunaux nationaux étrangers, afin de forcer le cocontractant à exécuter sa propre prestation audit contrat.

2° CNUDCI

La Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI)²⁰¹, a récemment²⁰² terminé l'élaboration d'une loi type concernant les garanties bancaires et les lettres de crédits stand-by²⁰³, soit la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (CNUGILCS).

201 Cet organisme international fut créé en 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Il a comme principal objectif de réduire et/ou de supprimer les obstacles juridiques entravant le commerce international. La CNUDCI a pour mandat de promouvoir l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. Elle est composée de 36 États membres, élus par l'Assemblée générale pour six ans. Le Canada est devenu membre en 1989, le Canada a ainsi participé activement auprès du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, à la préparation de la loi type sur les garanties et les stand-by; Christine VERDON, « Aperçu des activités récentes du Gouvernement canadien en droit international privé », dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Septième colloque de droit commercial international: procès-verbal*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et des Service Canada, 1989, p. 15; Jacques GAUTHIER, « Règles uniformes de la CUNDCI sur les lettres de crédit stand-by et garanties » dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Septième colloque de droit commercial international: procès-verbal*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et des Service Canada, 1989, p. 39-46. Voir: Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/44/17)*.

202 Décembre 1995.

203 Conformément à une demande formulée par la Commission à sa première session en 1968 (A/7216, par. 29), le Secrétariat a présenté une étude préliminaire sur les garanties et les sûretés en matière de paiements internationaux (A/CN.9/20 et Add. 1). À la suite de cette étude, la Commission entérina la recommandation visant une étude plus approfondie sur la question des garanties bancaires, qui à l'avenir seront étudiées séparément des sûretés (A/8017, par. 127-138). En 1978, la Commission a décidé d'étudier, de concert avec la CCI, les lettres de crédit stand-by. (A/37/17, par. 67 c ii a et 69). Dix ans plus tard, le Secrétariat a présenté une étude préliminaire sur les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/163). En 1982, la « Commission a décidé de prier le Secrétariat général de présenter, lors d'une session future de la Commission, une étude sur les lettres de crédit et leur fonctionnement afin de faire ressortir les problèmes juridiques soulevés par leur utilisation, notamment à l'égard de contrats autres que les contrats de vente de marchandise (A/37/17, par. 112) ». Ce n'est qu'en 1988 que le Secrétariat a déposé son rapport. Il décrivait, dans sa première partie, les fonctions et caractéristiques des lettres de crédit stand-by et des garanties indépendante. Dans la deuxième partie, il donnait un aperçu du cadre juridique, y compris les lois et règlements, la jurisprudence et les règles uniformes. Dans sa dernière partie, le rapport examinait certaines questions juridiques qui pouvaient se poser dans le contexte des lettres de crédit stand-by, ainsi que des garanties. La Commission a souscrit à la conclusion du rapport selon laquelle un plus grand degré de certitude et d'uniformité était souhaitable. Pour le Secrétariat, le principal moyen pour atteindre cet objectif serait d'établir un ensemble de règles auxquelles les Parties pourraient se référer dans les garanties et dans les lettres de crédit stand-by; Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-unième session, *Document officiel de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/43/17)*, par. 18-26. (Nous soulignons.)

L'objectif était d'harmoniser ces deux instruments financiers²⁰⁴ qui se sont développés de façon parallèle²⁰⁵.

Incidentement, le Groupe de travail²⁰⁶ a, dès 1990²⁰⁷, débuté véritablement ses travaux pour l'élaboration d'une loi type sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by²⁰⁸. Le projet de la Commission était ambitieux et a demandé un travail énorme au Groupe de travail et au Secrétariat. Parmi les nombreux points à l'étude, il y avait les sujets suivants: le champ d'application de la loi uniforme quant au fond²⁰⁹, l'autonomie des parties et ses limites²¹⁰, les règles d'interprétation possibles²¹¹, la forme et le moment de l'établissement de la lettre de

²⁰⁴ La garantie bancaire internationale et la lettre de crédit stand-by.

²⁰⁵ Le professeur Dolan critique vigoureusement le dédoublement de la réglementation concernant ces instruments financiers, entre autres à la CCI; J. F. DOLAN, *loc. cit.*, note 39, 237. Cet aspect a également été abordé par Mugasha; W. MUGASHA, *loc. cit.*, note 136, 285.

²⁰⁶ Groupe de travail des pratiques de contrats internationaux.

²⁰⁷ Lors de sa treizième session (A/CN.9/330).

²⁰⁸ La Commission a chargé son Groupe de travail d'examiner le projet de règles uniformes de la CCI et de déterminer s'il était souhaitable et possible d'entreprendre des travaux en vue de l'élaboration d'une loi uniforme. Sur la base de la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.63), le Groupe de travail a convenu de recommander à la Commission l'élaboration d'une loi uniforme sous la forme d'une loi modèle ou d'une convention. (A/CN.9/316, par. 175). Se basant sur les conclusions que le Groupe de travail a dégagé à sa douzième session (A/CN.9/316), le Secrétariat a préparé une série de notes (A/CN.9/WG.II/WP.65), (A/CN.9/WG.II/WP.67), (A/CN.9/WG.II/WP.68), (A/CN.9/WG.II/WP.70), (A/CN.9/WG.II/WP.71), (A/CN.9/WG.II/WP.73 et add.1), (A/CN.9/WG.II/WP.76 et add.1) (A/CN.9/WG.II/WP.80), (A/CN.9/WG.II/WP.83) visant à aider le Groupe de travail dans ses débats et décisions sur la portée et le contenu des dispositions qui pourraient à cet égard figurer dans la loi type.

²⁰⁹ Ce sujet englobe entre autres choses: les types d'instruments à couvrir, but et définition de la loi uniforme, les relations entre les parties aux contrats de garantie, ; Ces éléments sont étudiés à la fois par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), par. 8-59, 9-52, (A/CN.9/WG.II/WP.67), 1-2, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 1-2, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 1-2,), et le Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 11-14, 35-57, 15-46, 77-81 et (A/CN.9/342), par. 14-21, 32-47, 111-118 et (A/CN.9/358), par. 13-46, 63-72, (A/CN.9/372), par. 15-55; la question de savoir si la loi ne devrait s'appliquer qu'aux seuls instruments internationaux, (A/CN.9/WG.II/WP.65), par. 53-59, (A/CN.9/WG.II/WP.67), art. 4, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 4, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 4 et le Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 47-57 et (A/CN.9/342), par. 22-31 et (A/CN.9/358), par. 63-72, (A/CN.9/372), par. 67-76 .

²¹⁰ Ce sujet englobe également: la reconnaissance expresse de l'autonomie des parties, la référence possible à des Règles uniformes et à des usages ou règles coutumières et la limite possible à l'autonomie des parties; Ces éléments sont étudiés à la fois par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), par. 21-29, 60-82, (A/CN.9/WG.II/WP.67), art. 3, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 3, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 3 et le Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 16-19 et (A/CN.9/342), par. 22-31 et (A/CN.9/358), par. 47-62, (A/CN.9/372), par. 56-66.

²¹¹ Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), par. 83-99, (A/CN.9/WG.II/WP.67), art. 5-6, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 5-6, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 5-6 et Rapport du Groupe de travail

garantie²¹², les modifications²¹³, le transfert de droits et la cession du produit du crédit²¹⁴, l'expiration²¹⁵, les obligations du garant (incluant la responsabilité et l'exonération)²¹⁶, les

(A/CN.9/330), par. 76-102 et (A/CN.9/342), par. 38-54 et (A/CN.9/358), par. 73-78, (A/CN.9/372), par. 77-110.

- 212 Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 103-107 et (A/CN.9/342), par. 55-75 et (A/CN.9/358), par. 79-87, (A/CN.9/372), par. 112-117 et Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.67), art. 7, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 7, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 7.
- 213 Ce sujet englobe également: les parties dont le consentement est requis, la forme de modification et le moment où une modification prend effet; Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 3-17, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 8, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 8 et Rapport du Groupe de travail A/CN.9/330), par. 106, (A/CN.9/342), par. 76-87 et (A/CN.9/358), par. 88-105, (A/CN.9/372), par. 118-138.
- 214 Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 18-23, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 9, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 9 et Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/342), par. 88-93 et (A/CN.9/358), par. 106-119, (A/CN.9/374), par. 15-35.
- 215 Ce sujet englobe également: le moment où la lettre de garantie cesse d'exercer ses effets: Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 30-33, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 10, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 10 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 44-46, (A/CN.9/342), par. 97-98 et (A/CN.9/358), par. 120-133, (A/CN.9/374), par. 36-46 et l'expiration, Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 24-43, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 11, (A/CN.9/WG.II/WP.76), art. 11 et Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/342), par. 94-102 et (A/CN.9/358), par. 134-152, (A/CN.9/374), par. 47-62.
- 216 Initialement séparés, Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 44-64 et 65-72, ces sujets ont été regroupés sous le chapitre Droit, obligation et moyens de recours. Celui-ci englobe également 9 sous-section: **1. la détermination des droits et obligations:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), par. 60-70, (A/CN.9/WG.II/WP.67), art. 6, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 12, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 12 le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 58-67, (A/CN.9/342), par. 42-54 et (A/CN.9/358), par. 153-164, (A/CN.9/361), par. 14-23, (A/CN.9/374), par. 63-70; **2. la responsabilité du garant:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 65-72, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 13, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 13 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/342), par. 103-110, (A/CN.9/345), par. 30-36 et (A/CN.9/358), par. 165-175, (A/CN.9/374), par. 71-77; **3. la demande de paiement:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 25, 29-30, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 14, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 14 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 23, (A/CN.9/342), par. 20, 95-96, 104, **4. l'avis de demande:** Note du Secrétariat Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 63, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 15, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 15 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/342), par. 18-24, (A/CN.9/361), par. 24-29, (A/CN.9/374), par. 86-92; **5. l'examen de la demande:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.65), par. 87-99, (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 49-57, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 16, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 16 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/330), par. 86-102, (A/CN.9/342), par. 107-110 et (A/CN.9/345), par. 15-17, (A/CN.9/361), par. 30-43, (A/CN.9/374), par. 78-85, (A/CN.9/374), par. 93-101; **6. le paiement ou le rejet de la demande:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.68), par. 45-48, (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 76-79, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 17, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 17 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/342), par. 103-105 et (A/CN.9/345), par. 25-28, 79-80, (A/CN.9/361), par. 44-63; **7. la demande de prorogation ou de paiement:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 51-54, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 18, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 18 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 73-77, (A/CN.9/361), par. 64-73; **8. la demande incorrecte:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 7-79, 89, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 19, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 19 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 37-57, 67-80 (A/CN.9/361), par. 74-91; **9. la compensation:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 80-85, 89, (A/CN.9/WG.II/WP.73), art. 20, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 20 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 81-83, (A/CN.9/361), par. 92-99.

mesures judiciaires provisoires²¹⁷, la compétence²¹⁸ et finalement la loi applicable à la lettre de garantie²¹⁹. Après plus de cinq années d'étude, la Commission a adopté, malgré l'opposition initiale des Américains²²⁰ qui privilégiaient de traiter séparément la garantie bancaire et la lettre de crédit stand-by²²¹, le projet sur les lettres de garanties internationales²²² qui couvre à la fois la garantie indépendante et la lettre de crédit stand-by²²³.

-
- 217 Ce sujet englobe également: **1. les mesures conservatoires à l'encontre du garant:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 19-21, 27, 38, 60-61, 75, 90-107, 113-114, (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 49, 54, 56-58, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 21, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 21 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 54-66, (A/CN.9/361), par. 100-114; **2. les mesures conservatoires à l'encontre du bénéficiaire:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 19-21, 27, 38, 60-61, 75, 90-91, 108-114, (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 49, 54, 56-58, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 21, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 21 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 54-66, (A/CN.9/361), par. 115-118; et **3. les principes régissant les procédures préliminaires:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.70), par. 109-110, (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 49, 54, 56-58, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 23, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 23 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 54-66, 105-110, (A/CN.9/361), par. 119-121.
- 218 Ce sujet englobe également: **1. le choix du tribunal ou de l'arbitrage:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 44-58, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 24, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 24 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 104-110, (A/CN.9/361), par. 122-128; **2. la détermination de la juridiction compétente:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 44-58, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 25, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 25 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 104-110, (A/CN.9/361), par. 128-132.
- 219 Ce sujet englobe également: **1. le choix de la loi applicable:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 5-21, 36-43, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 25, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 25 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 84-94, 102-103, (A/CN.9/361), par. 133-139; **2. la détermination de la loi applicable:** Note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.71), par. 22-35, 38, (A/CN.9/WG.II/WP.73/Add.1), art. 26, (A/CN.9/WG.II/WP.76/Add.1), art. 26 et le Rapport du Groupe de travail (A/CN.9/345), par. 95-103, 140-144.
- 220 Note du Secrétaire (A/CN.9/WG.II/WP.77); Sur cette question, le professeur Bergsten s'exprimait ainsi: *On its face the decision to treat independent guarantees and stand-by letters of credit together also appears to be inconsistent with current American law*; Eric E. BERGSTEN, « A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: The UNICITRAL Draft Convention on Guaranty Letters », (1993) 27 *Int'l. Law.*, 864.
- 221 Lors de la Sixième Commission, la représentante américaine recommandait l'adoption intégrale du projet de convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by sous sa forme actuelle: « car ce texte propose des solutions équilibrées, intégrant harmonieusement des notions et des procédures propres à des systèmes juridiques différents », (A/C.6/50/SR.3).
- 222 C'est à sa vingt-huitième session que la Commission a adopté le projet de convention des lettres de garantie internationales; Lars GORDON, « *Draft Uncitral Convention on Independent Guarantees* », [1996] *LMCLQ* 42, p. 44. Il va sans dire que L'Annuaire de la CNUDCI, pour l'année 1995 n'est pas encore publié. Lors de sa vingt-huitième session la Commission a adopté par consensus la décision suivante: « LA CNUDCI, 1. Soumet à l'Assemblée générale le projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, tel qu'il figure à l'annexe I du présent rapport; 2. Recommande que l'Assemblée générale examine le projet de Convention en vue d'adopter à sa cinquantième session, sur la base du projet de Convention approuvé

Tout comme la RUGD, il est difficile pour le moment d'évaluer dans quelle mesure la communauté commerciale acceptera et adoptera ladite Convention²²⁴. À ce jour, très peu d'auteurs se sont aventurés à l'analyser et à la critiquer²²⁵. Nous considérons que la Convention est innovatrice et englobe plusieurs sujets qui n'étaient pas couverts par la RUU 500 et les RUGD. On peut citer comme exemples la dualité des engagements couverts, soit la garantie indépendante et la lettre de crédit stand-by²²⁶, et la question des mesures judiciaires provisoires²²⁷. Nous aborderons les différents sujets couverts par la Convention dans les autres sections de notre mémoire où la question s'y prête.

par la Commission, une Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by. » (A/50/17, p. 45.)

- 223 Nous avons retenu le résumé du Président de la CNUDCI, M. Goh, concernant ladite Convention: « Les instruments dont traite ce projet visent à garantir les bénéficiaires du risque de non-exécution d'une obligation. L'utilité commerciale de ces instruments s'est progressivement affirmée ces 30 dernières années. La nécessité d'en promouvoir une conception uniforme sur le plan international est clairement reconnue. Or, les travaux de la Chambre internationale de commerce dans ce domaine se limitent à aider les parties à définir leurs relations contractuelles à l'égard de ces instruments sans établir de règles de droit positif. Le projet de convention vise quant à lui à assurer un certain degré d'uniformité et de clarté dans cet important domaine de l'activité économique. Il établit en particulier des règles de droit positif régissant deux aspects d'une importance cruciale pour l'utilité commerciale de ces instruments: d'une part, l'indépendance de l'engagement vis-à-vis de l'opération sous-jacente et, d'autre part, l'établissement de règles qui s'appliqueraient en cas de demande de paiement frauduleuse. L'indépendance de l'engagement est importante parce que l'émetteur ne devrait pas être tenu d'enquêter sur les faits concernant l'opération sous-jacente en cas de fraude. Par ailleurs, lutter contre les possibilités de fraude est également important car souvent, une simple déclaration du bénéficiaire suffit à déclencher le paiement. Le projet de convention vise à donner des garanties dans ce domaine en établissant des règles uniformes qui s'appliqueraient en cas de demande frauduleuse, notamment en ce qui concerne les conditions d'octroi de mesures conservatoires. Ce texte traite aussi de questions telles que la forme et la teneur de l'engagement ainsi que les obligations et droits des parties. Il présente des règles offrant un degré d'uniformité et de certitude qui permettra de renforcer considérablement la viabilité et l'utilité de ces instruments dans les transactions commerciales internationales. » (A/C.6/50)SR.3 p. 2, 12 /12/95 (nous soulignons) .
- 224 Néanmoins, à la lumière des commentaires exprimés par des représentants des membres de la Commission ou des États observateurs, ils semblent être unanimes à souligner la qualité du projet de Convention. Il y a lieu de souligner le soutien des États suivants: Royaume-Uni, France, Italie, Japon, États-Unis [...] (A/C.6/50/SR.3 et 5)
- 225 Néanmoins, Gordon est l'un des premiers à publier ses commentaires; L. GORDON, *loc. cit.*, note 216, 42; E. BERGSTEN, *loc. cit.*, note 214, 859; J. F. DOLAN, *loc. cit.*, note 39, 237; John F. DOLAN, « Commentary on Legislative Developments in Letter of Credit Law: A Interim Report », (1993) 8 *B.F.L.R.* 53.
- 226 La CNUCILCS art. 2.
- 227 La CNUCILCS art. 20.

3° UCC

Aux États-Unis, les lettres de crédit sont régies par l'article 5 du Code de commerce uniforme (*UCC*). Le *UCC* traite de certaines (et non de la totalité) des règles et des notions applicables aux lettres de crédit stand-by qui ont été élaborées avant sa promulgation ou qui pourront l'être par la suite²²⁸. Ce Code est promulgué dans 50 États américains, assorti de quelques variantes²²⁹.

Les questions couvertes par l'article 5 sont similaires, à certains égards, à celles de la CNUDCI. Voici une brève énumération des différentes parties du *UCC section 5*: la date et l'effet de l'ouverture de crédit²³⁰, l'avis de crédit²³¹, la confirmation et l'erreur dans l'énoncé des conditions, l'extinction du crédit²³², l'obligation de l'émetteur envers son client²³³, le délai d'acceptation et de refus²³⁴, pour ne nommer que celles-là. En somme, le *UCC* constitue un complément des RUU²³⁵.

²²⁸ Le UCC § 5-102(3) (1995); Pour les commentateurs officiels, ces règles énoncent rien de moins que les théories fondamentales en matière de lettres de crédit.

²²⁹ Le *UCC* est rédigé par des commissaires échus de 50 États américains. Ces derniers s'efforcent ensuite à faire adopter tel quel le *UCC* par chacune de leurs législations respectives. Il y a lieu de noter qu'à l'exception de l'Alabama, du Missouri et de New York, le *UCC section 5* ne fait aucunement mention au RUU.

²³⁰ *Time and effect of establishment of credit*, UCC § 5-106 (1995).

²³¹ *Advice of credit; Confirmation: error in Statement of Terms*, UCC § 5-107 (1995).

²³² *Notation credit; Exhaustion of Credit*, UCC § 5-108 (1995).

²³³ *Issuer's Obligation to Its Customer*, UCC § 5-109 (1995).

²³⁴ *Time Allowed for Honor or Rejection, Withholding Honor or Rejection by Consent, "Presenter"*, UCC § 5-112 (1995).

²³⁵ Comme nous l'avons étudié dans la présente section, les RUU ne couvrent qu'une partie des règles applicables aux lettres de crédit et stand-by. Il n'y pas de disposition, par exemple, en ce qui concerne le problème des demandes de paiement frauduleuses. Les UCC § 5-101 et 5-116(c) (1995) prévoient expressément la dualité de régime pour les lettres de crédit et standby.

Les Américains procèdent actuellement à une révision majeure de leur Code de commerce²³⁶. Sans entrer dans tous les détails de cette révision, nous soulignerons au passage les principaux éléments modifiés par cette révision²³⁷.

C'est à la suite du *Task Force Report*²³⁸, soumis à la fin des années quatre-vingt, qu'un Comité²³⁹ fut mis sur pied afin de procéder à la révision du *UCC section 5*²⁴⁰. Le Comité a procédé à une révision complète de la loi. Tout d'abord, la terminologie a été corrigée pour tenir compte de la pratique actuelle des lettres de crédit internationales. Deuxièmement, le nouveau critère de référence pour interpréter le *UCC* devient celui de la pratique des institutions financières qui émettent régulièrement des lettres de crédit²⁴¹. Troisièmement, le choix du droit applicable est laissé à la discrétion des parties. Finalement, les Règles de la CCI 500 sont expressément incorporées²⁴². Ceci ne constitue que quelques-unes des nombreuses modifications à la loi qui furent adoptées. Sans procéder à une analyse exhaustive de la réforme du *UCC*, nous soulignerons brièvement à ce stade-ci les principales modifications introduites par cette réforme.

En premier lieu, mentionnons que les conditions de paiement ont été modifiées afin d'exiger un critère de conformité plus élevé²⁴³. Le temps alloué pour l'examen de la demande de paiement a aussi été changé; le nouveau critère repose sur la notion de délai raisonnable ne dépassant pas sept

236 La version originale du *UCC* remonte aux années 50. En juillet 1995, les commissaires ont approuvé la version finale de la révision de l'article 5. Ils estiment que d'ici 5 ans, la dernière révision devrait avoir force de loi dans l'ensemble des États-Unis; P. S. TURNER, *loc. cit.*, note 193, 205. La présente révision constitue un changement majeur et entraînera certainement une plus grande harmonie entre les différents utilisateurs.

237 Nous distinguerons l'ancienne version du *UCC article 5* en la citant comme: « UCC § 5-000 » et la version révisée comme: « UCC § 5-000 (1995) ».

238 An Examination of UCC Article 5 (Letter of credit), (1990) 45 *Bus. L.* 1521 [hereinafter Task Force Report].

239 *National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL)*; cité par James G. BARNES, James E. BYRNE, « Revision of UCC Article 5 », (1995) 50 *Bus. L.* 1449, 1450-1451.

240 *Id.*

241 Le UCC § 5-108 (a)(e) (1995): [*requiring honor of a presentation if it appears on its face strictly to comply [as determined by] standard practice of financial institutions that regularly issue letters of credit.* (nous soulignons).

242 J. G. BARNES, J. E. BYRNE, *loc. cit.*, note 233, 1449, 1451. Voir: Note 230.

243 Le UCC § 5-108(a) (1995): [*Requires the issuer to honour a presentation that] appears on its face strictly to comply with the terms and conditions of the letter of credit. (Nous soulignons.)*

jours²⁴⁴. Les conditions non documentaires ont aussi fait l'objet d'une réflexion de la part des commissaires. Le principe de l'autonomie de la lettre de crédit²⁴⁵, la transférabilité de la lettre de crédit²⁴⁶ et la responsabilité de la seconde banque²⁴⁷ ont aussi été révisés.

La fraude²⁴⁸, l'engagement du bénéficiaire²⁴⁹, la limite de l'engagement ou de la responsabilité des parties à la garantie²⁵⁰, les différentes règles concernant les litiges²⁵¹, la bonne foi²⁵², le transfert de la lettre de crédit²⁵³ et la subrogation²⁵⁴ sont également des sujets qui font partie de la dernière révision du *UCC*. Ces modifications sont d'autant plus importantes qu'il s'agit de sujets qui ne sont pas couverts par les RUU 500.

244 Le UCC § 5-112 (1995). Les commissaires ont adopté une position similaire art. 13(b) RUU 500, en allongeant la période allouée pour l'examen de la demande de paiement, de la part du garant.

245 Le UCC § 5-103(d) (1995).

246 Le UCC § 5-112 (1995).

247 Le UCC § 5-107(c) (1995): *Duties of Advising Banks*.

248 Le UCC § 5-109 (1995).

249 Le UCC § 5-110 (1995): *The beneficiary's warranties*. L'auteur P. Turner décrit ainsi ce principe: *A warranty in a commercial transaction under United States law is typically a promise that a fact relating to the transaction is what it is stated to be or what it is supposed to be. If it later develops that the fact is not true or not what it is supposed to be, the promisee of the warranty can sue the promisor for breach of warranty*; P. S. TURNER, *loc. cit.*, note 193, 230.

250 *Disclaimers of Obligations*, UCC § 5-103(c) (1995); les parties sont libres de négocier toutes réductions ou limites des obligations de l'émetteur de la lettre de crédit, dans la mesure où celle-ci est explicite.

251 Le UCC § 5-111(a) (1995) concerne la somme qui peut être réclamée par le bénéficiaire par suite à un refus de paiement de la part de l'émetteur de la lettre de crédit. Le UCC § 5-111(e) (1995) prévoit que des honoraires et débours d'avocat raisonnables soient accordés par le tribunal. Le UCC § 5-115 (1995) fixe la prescription du recours à une année après l'expiration de la lettre de crédit. Le UCC § 5-116(a) (1995) règle le cas de conflit de loi en cas de recours contre l'émetteur de la garantie. À défaut de stipulation dans la lettre de crédit, la loi applicable est celle qui régit le d'affaire de l'émetteur.

252 Le UCC § 1-203 (1995) impose aux parties d'agir de bonne foi dans tout contrat sujet au *UCC*. Le UCC § 5-102(a)(7) (1995) prévoit seulement un critère subjectif de *honesty in fact*.

253 UCC § 5-102(a) (1995).

254 Le UCC § 5-117, 5-108(i)(1) (1995).

C. Jurisdiction compétente

Quel est le tribunal qui a juridiction pour entendre un litige entre les parties à un contrat international? Voilà la question que se posent invariablement les juristes dans le cadre d'un litige international dans lequel les parties n'ont pas stipulé au contrat une clause spécifique à cet effet. La garantie bancaire internationale ne fait pas exception à ce principe. Comme nous le verrons dans la présente section, il existe un certain cadre théorique permettant de trancher la question. Toutefois, la pratique a, semble-t-il, développé des standards propres au domaine de la garantie bancaire, tout comme c'est le cas pour les lettres de crédit²⁵⁵.

En l'absence de dispositions spécifiques²⁵⁶, la juridiction compétente est déterminée en vertu des principes de droit international privé. Elle sera alors déterminée en fonction des facteurs de rattachement²⁵⁷.

255 Charles CHATTERJEE, « The Concept of the Natural Forum and the Governing Law of a Transnational Letter of Credit Contract », (1995) 9 *J I BL* 407: *In this sense, the forum determination procedure for transnational letters of credit contracts should be different from that other forms of transnational commercial contracts. [...] Two points merit consideration in this context: (1) that contracts of transnational letters of credit are different from other commercial contracts; and (2) whereas in the case of the latter types of contract 'connection' is to be established: they are connected to the place of negotiation of credits and of payment.*

256 Comme dans tout contrat, les parties sont libres de déterminer la juridiction qui aura la compétence pour trancher les litiges découlant de sa mise en œuvre, un tribunal arbitral ou étatique pourra être désigné. Dans ces circonstances, il est indispensable que des dispositions particulières à la compétence soient stipulées dans le contrat de garantie. Il va sans dire que le choix des parties peut différer de celui du contrat de base, en raison du caractère autonome de la garantie. Cette solution, bien que simple et claire, n'est que très rarement retenue par les parties. C'est également ce que prévoit la RUGD, art. 28.

257 Nous ferons ici référence à deux causes récentes ayant soulevé la question, dans le cadre d'instruments autonomes. La première, *H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque Royal du Canada* [1995] R.J.Q. 213, est canadienne et la seconde, *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd, v. Sonali* [1995] 1 Lloyd's rep. 227 est anglaise.

La première affaire, concernant une lettre de crédit, où un tribunal québécois a eu la l'opportunité de faire une analyse des principes applicables à la juridiction compétente. Les faits pertinents se résument ainsi: une lettre de crédit a été confirmée par une succursale (située à Vancouver) de la Banque Royale du Canada, banque ayant son siège social à Montréal. Cette lettre de crédit fut émise en faveur d'un bénéficiaire situé aussi à Vancouver. Le transfert des documents devait également avoir lieu à Vancouver, de même que le paiement de ladite lettre de crédit.

Pour trancher la question juridiction, la Cour a évalué, les liens réels et substantiels qui existent entre l'action, le tribunal, la disponibilité des témoins, la loi applicable au litige et le degré de rattachement du litige avec l'autorité appelée à le trancher. Elle a également souligné qu'en matière de droit international privé, et plus particulièrement en se qui concerne le cas des lettres de crédit, c'est l'endroit où la lettre de crédit est payable qui constitue le *situs*.

Comme nous le verrons dans la dernière section de notre mémoire, la principale cause de litige est sans aucun doute la demande de paiement de la part du bénéficiaire refusée par le garant. Dans le cadre des recours contre le garant, initiés par le donneur d'ordre, le bénéficiaire ou encore la banque émettrice dans le cas d'une garantie indirecte, il semble que la pratique actuelle ait simplifié la réponse, car les recours sont pratiquement tous institués au domicile de la première banque²⁵⁸.

La Cour supérieure du Québec a décliné sa juridiction, après être arrivée à la conclusion que le seul point de rattachement qu'il y avait avec le tribunal québécois se limitait au siège social de la défenderesse, la Banque Royale, ce qui constituait un facteur très secondaire. Dans une affaire assez récente, la Cour d'appel de l'Ontario a également eu à appliquer ces principes pour déterminer le *forum conveniens*. Il fut décidé que le litige devrait avoir lieu en Angleterre, compte tenu des facteurs de rattachements; *Ash v. Lloyd's Corp.*, précité, note 49, 282; Voir: Karl N. GELLERT, « Documentary Letters of Credit: *Ash v. Lloyd's* (sud nom. *Ash v. Lloyd's*) », (1994) 9 *B.F.L.R.* 93

La seconde affaire, *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd*, constitue également une bonne démonstration des principes applicables à la détermination de la juridiction applicable. Il s'agit d'une affaire impliquant un garant et un contre-garant. Ce dernier refusant de respecter son engagement envers la garante (la *Bank of Credit*), qui elle, a payé le bénéficiaire de la lettre de crédit. Le contre-garant invoquait les faits suivants pour justifier sa prétention: - il est incorporé sous la loi du Bangladesh, conséquemment la loi applicable aux lettres de crédit est celle du Bangladesh; - que les témoins étaient les officiers de la contre-garante également situés au Bangladesh; - que le *lex situs* de la dette était la loi du Bangladesh... Pour sa part, le garant invoquait les arguments suivants: que la loi applicable était la loi de Hong Kong où les paiements ont été effectués pour (*on behalf*) le contre-garant, que la contre-lettre de crédit était aussi régie par la loi de Hong Kong.

La Chambre commerciale du Banc de la Reine (Queen's Bench Division, Commercial Court), sous la plume du juge Cresswell, a au préalable rappelé les règles développées dans l'arrêt *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1., concernant le *forum non conveniens*:

The basic principal is that a stay will only be granted on the ground of forum non conveniens where the court is satisfied that there is some other available forum, having competent jurisdiction, which is the appropriate forum for the trial action, i.e. in which the case may be tried more suitably for the interest of all the parties and the ends of justice... In my opinion, the burden resting on the defendant is not just to show that England is not the natural or appropriate forum for the trial, but to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum.

La cour est venue à la conclusion que la loi applicable était celle de Hong Kong et que le tribunal anglais avait la juridiction pour entendre la cause pour les motifs suivants: *It would be inappropriate to grant a stay on the ground of forum non conveniens in that (a) the plaintiffs founded jurisdiction as of right in accordance with the law of England; (b) Sonali [le contre-garant] had not shown that Bangladesh was clearly or distinctly more appropriate than the English forum; (c) Sonali conceded that there was no defence to any of the claims under instances where Sonali conceded that claims under five letters of credit were barred by limitation under the law of Bangladesh; (d) Sonali had no viable defence to the claims under the five letters of credit and the relevant contracts were not governed but by the law of Hong Kong; and (e) the fact that BCCHK was plaintiff in an action in Bangladesh was not sufficient weight to justify a stay*; La Cour anglaise n'a donc pas décliné sa juridiction. *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd, v. Sonali* [1995] 1 Lloyd's rep. 227 et les commentaires dans: C. CHATTERJEE, *loc. cit.*, note 255, 407.

²⁵⁸ R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 5, p. 373. Une exemption à cette pratique quasi généralisée, c'est l'arrêt *Attock Cement Co. v. Romamian Bank for Foreign Trade*, précité, note 90, 1189 et *Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd. v. Sonali*, [1995] 1 Lloyd's rep. 227.

Le donneur d'ordre qui désire obtenir des conclusions contre le bénéficiaire a intérêt, selon Bertrams, à intenter son recours au domicile où le bénéficiaire possède des actifs²⁵⁹.

On ne peut passer sous silence l'interaction entre le droit applicable et la juridiction. Le professeur Chatterjee exprime cette interaction, ayant comme dénominateur commun le *situs*:

The place of payment gives the governing law [the Power Curber case confirmed the method of determining the governing law of transnational letters of credit contracts]; in other words, situs of payment decides the forum court, as the situs of payment gives the governing law. The natural forum in respect of transnational letters of credit contracts need not be searched for [...]

However, in the case of a transnational letter of credit transaction, once the place of payment has been agreed by parties, and payment has been made by a confirming bank on behalf of an issuing bank, that place becomes the place of performance, which, in turn, determines the governing law.²⁶⁰

Ce principe semble d'ailleurs avoir été codifié par les RUGD qui énoncent la règle suivante à leur art. 28:

« Sauf disposition contraire, tout litige entre le garant et le bénéficiaire au sujet de la garantie ou entre le garant et le contre-garant relatif à la contre-garantie sera réglé exclusivement par le tribunal compétent du pays de l'établissement du garant ou le contre-garant (selon le cas) ou, si le garant ou le contre-garant a plus d'un établissement, par le tribunal compétent du pays de la succursale qui a émis la garantie ou la contre-garantie. »²⁶¹

En ayant comme prémisses que le lieu de paiement est généralement le lieu où est situé le garant, la règle du *situs of payment* semble bien être celle que les codificateurs auraient retenue.

Au Québec, en plus de la règle générale prévue à l'art. 68 du Code de procédure civile, ces principes sont maintenant codifiés aux articles 3134 à 3140 du Code civil du Québec (C.c.Q.). Il prévoit des dispositions spécifiques pour la résolution de conflits de juridiction. Le code envisage, entre autres, deux situations où le tribunal peut exercer, en toutes circonstances, sa

²⁵⁹ R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 5, p. 375.

²⁶⁰ C. CHATTERJEE, *loc. cit.*, note 246, 410.

²⁶¹ RUGD, art. 28.

compétence. Tout d'abord il peut l'exercer dans le cadre de mesures provisoires ou conservatoires²⁶², et lors d'une situation urgente ou occasionnant des inconvénients sérieux²⁶³.

Les RUU 500, pour leur part, ne prévoient aucune disposition spécifique concernant le tribunal compétent, outre la recommandation, prévue à la toute fin des règles, d'une clause type d'arbitrage soumise aux règles de la CCI.

En résumé, dans le cadre des recours initiés par le bénéficiaire ou la banque garante, il semble que la pratique actuelle ait simplifié la réponse, car tous les recours sont institués au domicile de la contre-garante. Les recours pris par le donneur d'ordre sont également introduits au domicile de la contre-garante, qui est généralement le même domicile que celui du donneur d'ordre. Dans le cadre d'un recours en arrêt de paiement contre la banque garante, le donneur d'ordre qui désire obtenir des conclusions contre le bénéficiaire y introduira généralement son recours, au domicile de cette dernière.

Ceci complète la première section de la partie I consacrée à la définition et à la nature juridique de la garantie. La prochaine partie sera consacrée à l'émission de la garantie. Cette section sera divisée en cinq principaux points, soit l'objet de la garantie, le respect des conditions et des instructions, le montant de la garantie, la durée et finalement la clause de paiement.

II. EXÉCUTION DE LA GARANTIE BANCAIRE

La première partie concernant essentiellement l'aspect théorique la garantie, sa nature juridique, sa typologie et les différentes règles pouvant lui être applicables. La deuxième partie du mémoire se consacre au aspect juridique suivant l'émission de la garantie. Une fois émise, la garantie joue un rôle plutôt passif. Cette passivité sera maintenue jusqu'à sa mise ne œuvre, par son bénéficiaire. C'est donc cette la forme dite « active » de la garantie qui sera étudiée. Nous verrons d'abord sa mise en œuvre et l'état ultime, les recours éventuels suivant ça mise en œuvre.

262 Art. 3138 C.C.Q.

263 Art. 3084, 3140 C.C.Q.

1° MISE EN ŒUVRE

Contrairement au crédit documentaire, le paiement de la garantie ne s'effectue que très rarement. Lorsque tout fonctionne comme prévu, pour les parties au contrat de base, la garantie ne se réalise pas. En somme, seule sa fonction de sûreté aura joué le rôle escompté tout au long de l'exécution du contrat de base. Il va sans dire que cette situation, aussi enviable soit-elle sur le plan commercial, est beaucoup moins intéressante du point de vue académique. Nous consacrerons donc la deuxième partie de notre mémoire à l'analyse des conséquences de la réalisation de la garantie. Cette analyse sera scindée en trois parties. Nous verrons tour à tour les conditions matérielles et formelles de l'appel de la garantie pour conclure, ensuite, avec le paiement à proprement dit de la garantie.

A. Appel de la garantie

Tel que mentionné antérieurement, deux événements principaux sont à la source de l'exécution de la garantie: la demande de paiement directe ou indirecte; i.e. le bénéficiaire requière du donneur d'ordre qu'il extensionne le terme de la garantie, à défaut de quoi il en demandera le paiement. Cette demande de paiement est communément appelé une demande de « prolongement ou de paiement ». Bien que l'appel de la garantie ne soit astreint à aucun formalisme, rien n'empêche les parties de l'encadrer de certaines exigences particulières. Néanmoins, toute garantie, dépouillée ou non de formalisme, se doit de respecter un minimum de conditions pour que sa mise en œuvre soit réalisable.

Nous avons regroupé ces conditions sous le vocabulaire de conditions matérielles et formelles. Dans les paragraphes suivants nous étudierons ces conditions nécessaires à la réalisation de la garantie et conséquemment à son paiement.

1. Conditions matérielles

Tout paiement de la garantie requière une demande préalable à cet effet. Cet élément déclencheur indispensable doit respecter un minimum de conditions pour que le paiement puisse se concrétiser. Ces conditions peuvent se résumer en trois mots: qui, quoi et quand. Qui fait la demande de paiement, quel est le montant demandé et quand la demande de paiement peut-elle être faite.

Auteur et destinataire de l'appel de la garantie. Il va de soi que l'appel de la garantie doit provenir du bénéficiaire de la garantie ou d'un de ses représentants légaux²⁶⁴. À titre de sûreté personnelle, le caractère *intuitu personæ* de cette institution assure au garant et au donneur d'ordre qu'elle sera mise en œuvre uniquement par son cocontractant.²⁶⁵ Le garant a ainsi la responsabilité de vérifier que la demande provient véritablement du bénéficiaire de la garantie en cause et le cas échéant, il devra refuser la demande de paiement²⁶⁶.

La demande de paiement doit être présentée auprès du garant qui l'a émise, à l'adresse mentionnée à la garantie. Il va sans dire que la demande adressée au donneur d'ordre ou au contre-

²⁶⁴ Même s'il n'est pas nécessaire de le mentionner, la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé que l'appel de la garantie par le mandataire du bénéficiaire était légal et que la qualité de mandataire d'un avocat ne fait pas de doute; Bruxelles, 5 avr. 1990, D. 1991 Somm. 194 et dans le même sens Paris, 24 oct. 1989, D. 1990. Somm. 203.

²⁶⁵ La Chambre de commerce de la Cour de cassation n'a pas jugé illégale que le bénéficiaire cède à un tiers à titre de sûreté à un emprunt les créances et les droits découlant de la garantie à première demande. Dans cette affaire particulière, le bénéficiaire n'a pas cédé la garantie, mais simplement les droits qui s'y rattachent, tel le paiement. Il n'y a donc pas eu à proprement parler de transfert et la demande de paiement de la garantie a été faite par le bénéficiaire « original ». Par suite à la demande, le cessionnaire a avisé le garant de la cession pour que le produit de la garantie lui soit versé; Com. 6 nov. 1990; JCP 91 éd. G. II. 21630, obs. M. Jéol.

²⁶⁶ Les RUGD prévoient expressément à l'art. 9 que le garant doit examiner la demande de paiement avec un soin raisonnable afin de déterminer qu'elle est conforme en apparence aux termes et conditions de la garantie; « les documents présentés aux termes de la Garantie et qui en apparence, ne sont pas conformes ou sont incompatibles entre eux, seront refusés ». Cette responsabilité est toutefois limitée. Le garant doit s'assurer que *prima facie* la demande est belle et bien conforme. À cet effet la CCI a pris soin de spécifier à l'art. 11 que « les Garants et Contre-garants n'assument aucune responsabilité quant à la forme, à la suffisance, à l'exactitude, à l'authenticité, à la falsification ou à la portée légale de tout document qui leur est présenté, ni quant aux déclarations générales et/ou particulières qui y figurent, ni encore quant à la bonne foi ou aux actes et/ou omissions de toute personne quelle qu'elle soit ». La CNUGILCS prévoit une obligation similaire pour le garant aux art. 16 et 14. En somme le garant qui « n'agit pas de bonne foi ou s'il a commis une faute lourde » engagera alors sa responsabilité.

garant ou à toute autre personne ou à tout autre endroit que ceux mentionnés à la garantie sera non conforme et irrecevable²⁶⁷.

a. Montant de la demande

Le bénéficiaire ayant la liberté de demander la totalité ou un montant partiel couvert par la garantie, il doit évidemment le mentionner dans sa demande²⁶⁸. L'obligation du garant constitue donc le paiement du montant garanti selon les modalités prévues au contrat de garantie²⁶⁹. On ne doit pas confondre cette obligation avec celle du cautionnement, ou du *Canadian performance bond*, selon laquelle la banque est tenue d'exécuter l'obligation du débiteur principal lorsque celui-ci fait défaut de l'exécuter²⁷⁰.

²⁶⁷ A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 179.

²⁶⁸ Nous avons mentionné dans la deuxième partie de notre mémoire que la garantie devait spécifier la devise dans laquelle elle était payable. Nous spécifierons à ce stade-ci que le bénéficiaire aurait également intérêt à le mentionner dans sa demande de paiement, à défaut de quoi celle-ci pourrait être jugée irrecevable. C'est la conclusion à laquelle la Cour d'appel de Paris est arrivée. La Cour conclut « [qu'en] l'absence de toute référence dans la convention que le paiement devait se faire en monnaie étrangère ou dans le pays autre que la Libye, il ne pouvait appartenir à la Wahda Bank (la contre-garante) de choisir de façon discrétionnaire une devise et un lieu de paiement ». La demande de paiement payable à N.-Y. en devise américaine fut ainsi considérée comme irrégulière et la contre-garante s'est vue refuser le paiement de la garantie; Paris, 24 oct. 1989, D. 1990. Somm. 203. Il y a tout lieu de croire que la Cour de cassation devra trancher la question. Le magistrat Jean-Luc Vallens, dans le cadre d'une analyse de l'arrêt précité, y voit une référence implicite à « une rigueur et à un formalisme » exigés dans le cadre d'un engagement à première demande. Il le définit comme étant le « corollaire du risque que le garant court en renonçant par avance aux exceptions que le débiteur principal pouvait soulever ». Paris, 24 oct. 1989, J.P.C. 1990.II.21446, note Jean-Luc Vallens.

²⁶⁹ Ce principe est clairement exprimé dans les différents textes réglementant la garantie et la standby: Art. 2 (1) CNUCILCS, qui définit la garantie comme étant « un engagement indépendant [...] pris par une banque [...] de payer au bénéficiaire un certain montant d'argent ou un montant déterminable [...] ». Art. 2 (a) CCI 458: « Aux fins des présentes Règles, une garantie sur demande [...] désigne toute garantie, "bond" ou autre engagement de payer, quelle que soit la dénomination ou la description, d'une banque, d'une compagnie d'assurance ou de toute autre personne physique ou morale [...] pris par écrit pour le paiement d'une somme d'argent donnée [...] » (nous soulignons). Art. 2 CCI 500: « Aux fins des présents articles, les expressions "crédit(s) documentaire(s)" et "lettre(s) de crédit stand-by" (désignées ci-après par le terme "crédit(s)") qualifient tout arrangement, quelle qu'en soit la dénomination ou description, en vertu duquel une banque ("la banque émettrice") agissant à la demande et sur instructions d'un client ("le donneur d'ordre") ou pour son propre compte:

i. est tenue d'effectuer un paiement à un tiers (le bénéficiaire) [...]

ou

ii. autorise une autre banque à effectuer le paiement [...]. » (Nous soulignons.)

²⁷⁰ Il s'agit d'une des caractéristiques qui différencient la garantie de son institution voisine, le cautionnement.

Le montant payable devant être déterminé ou déterminable selon le cas, il est possible que la garantie prévoit un montant dégressif²⁷¹, c'est-à-dire une garantie dite « glissante »²⁷². C'est généralement là où surviennent les difficultés. Le problème demeure la détermination de la somme à payer. Le garant doit alors procéder à une vérification pour déterminer si les acomptes ou avances ont bel et bien été versés et ensuite faire le paiement selon les résultats obtenus²⁷³.

b. Moment de la demande de paiement

La demande de paiement doit être présentée avant la date limite prévue au contrat de garantie²⁷⁴, soit la période exécutoire. Cette date est en quelque sorte incontournable. À défaut de respecter ce moment fatidique, le bénéficiaire sera forclos et il devra se priver du produit de cette précieuse garantie²⁷⁵. Cette exigence est également prévue dans les RUGD à l'art. 19: « Toute demande de paiement sera [...] faite au plus tard à l'expiration de celle-ci [...]. »²⁷⁶

²⁷¹ Ce type de clause est fréquemment utilisée dans des contrats de garantie de remboursement et de garantie de réserve. La clause a pour effet de réduire le montant maximum garanti en conformité avec la l'exécution du contrat de base. Idéalement, la garantie devrait prévoir un mécanisme de réduction automatique du montant de la garantie. Cela évitera au donneur d'ordre de se voir imposer le paiement du montant maximum garanti, en conformité avec la clause de paiement dégressif. À défaut de prévoir un tel mécanisme, le montant de la garantie ne pourrait être réduit qu'avec l'accord du bénéficiaire. Le garant a intérêt à éviter de se placer dans une situation de précarité face au bénéficiaire, qui pourrait être tenté de maintenir le montant garanti au maximum, en refusant son accord et ainsi de neutraliser la clause de réduction progressive.

²⁷² Tel que la garantie de remboursement; *infra* p. 55; dans son arrêt du 27 fév. 1990, la Chambre commerciale a mise en garde tous ceux qui auraient la tentation d'analyser les garanties « glissantes » comme des cautionnements, au motif qu'elles seraient l'objet de réduction en conséquence de l'exécution progressive du contrat de base; Com. 27 fév. 1990, D. 1991. Somm.197, obs. Vasseur.

²⁷³ A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 182.

²⁷⁴ Le bénéficiaire doit s'être conformé à toutes les exigences prévues à la garantie avant la date d'expiration. En conséquence, dans le cadre d'une garantie « documentaire », par exemple, tous les documents exigés devront être produits avant la date buttoir, à défaut de quoi la demande ne sera pas recevable.

²⁷⁵ *Offshore Entreprise inc. v. Noric Bank PLC*, cité dans D. 1986 I.R. obs. M. Vasseur: « Au cas de garantie émise pour une durée de douze mois, le bénéficiaire qui a fait appel à la garantie après l'expiration de cette durée ne peut prétendre que ce qui importe est que la cause de la garantie soit apparue au cours de cette durée, car à l'expiration de la durée prévue, la garantie a perdu tout effet. » (Nous soulignons.)

²⁷⁶ La CNUGILCS prévoit à l'art. 12 trois circonstances quant à l'expiration de la garantie: soit à la date d'expiration mentionnée à la garantie, soit à la survenance d'un acte ou d'un fait et en absence de date d'expiration ou de la survenance dudit acte ou du fait mentionné à la garantie, lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission de la garantie. Cette dernière solution a l'avantage d'éviter que la garantie demeure en vigueur éternellement.

Comme nous le verrons dans les paragraphes suivants, plus souvent qu'autrement, cette date limite n'a qu'une signification théorique, car la période exécutoire est fréquemment prolongée ou la garantie tout simplement renouvelée. Dans certains pays, les règles de droit font également en sorte que la date d'expiration prévue à une garantie n'est pas applicable²⁷⁷.

Même si la date d'expiration fixée dans la garantie ne signifie pas nécessairement la date où prendra fin la garantie, elle a tout de même toute son importance légale. La garantie énoncera généralement que la demande de paiement de la garantie doit être reçue par la banque avant la date d'expiration, ou au plus tard "x" jours après cette date. Dans le cas d'une garantie documentaire, où la demande de paiement doit être autorisée par la Cour ou un tribunal d'arbitrage, ces procédures devront être entreprises avant la date d'expiration de la garantie. Par contre, la demande de paiement résultant d'une décision favorable au bénéficiaire pourra être présentée après la date d'expiration.

i Période exécutoire

La plupart des garanties bancaires sont limitées dans le temps et une date d'expiration est prévue au contrat de garantie. Il est théoriquement possible que la garantie soit émise sans terme. Il va sans dire que cette solution demeure celle souhaité par le bénéficiaire. Toutefois, la garantie demeure le fruit d'une négociation entre les parties au contrat de base. Il serait très surprenant que le donneur d'ordre soit contraint d'accorder une garantie illimitée dans le temps²⁷⁸. Il serait encore

²⁷⁷ Les observations du professeur Prüm et de M. Moatti sont enrichissantes à cet égard: « Toutefois, certaines législations interdisent formellement l'insertion d'une quelconque date d'expiration de la garantie; d'autre lui dénie toute efficacité (Inde, Thaïlande, Turquie, Soudan...) et n'attribuent à la date d'expiration fixée au contrat qu'une valeur purement indicative. » Laurance MOATTI, « La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international », *Revue des Not. et des Avo.*, 1989, 662. Il semble y avoir une certaine dichotomie dans l'application du principe de l'autonomie dans certaines régions du monde (l'Amérique latine, certains pays d'Asie tels que l'Inde et le Japon et les pays arabes). Ces régions sont au surplus celles où le débiteur risque de transiger. Sauf dans le cas des pays arabes où tous effets aux échéances stipulées sont déniés, l'échéance de la garantie, pour les pays précédemment mentionnés, n'affecte que la période de couverture et non le délai d'action du bénéficiaire; A. PRUM, *op. cit.*, note 24, n° 235-245, p. 116-120.

²⁷⁸ Dans le cas où il n'y aurait pas de durée prédéterminée, M. Simler suggère une solution de rechange à la révocation unilatérale de la garantie de la part du garant: « La seule modalité tolérable serait alors celle d'une faculté de résiliation assortie d'un délai de préavis, de sorte que le bénéficiaire pourrait encore l'appeler dans ce délai ou obtenir du garant qu'il renonce à la résiliation sous peine de se voir réclamer l'exécution immédiate. » Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 94 et cité dans A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 122.

plus étonnant qu'une banque donne son approbation à l'émission d'une telle garantie. En fait, il est plutôt rare que le bénéficiaire obtienne cette concession de la part de son cocontractant.

L'émission de la garantie. En règle générale, la garantie prend effet au jour de sa mise en place²⁷⁹. Elle peut toutefois être émise avec un terme suspensif. La clause retarde alors l'entrée en vigueur de la garantie pour tenir compte du risque couvert²⁸⁰. Celui-ci étant différé jusqu'à l'échéance d'une autre garantie, ses effets juridiques se trouvent alors suspendus pour toute la période en cause²⁸¹.

La date d'expiration. L'obligation de règlement du garant va s'éteindre par l'arrivée du terme. Toute demande de paiement devra donc précéder cette date, faute de quoi elle ne sera pas recevable²⁸². Tel que prévu dans les RUGD, l'expiration de la garantie survient à une date donnée

²⁷⁹ Les RUGD prévoient à l'art. 6: « Qu'une Garantie prend effet à la date où elle est émise sauf s'il est expressément stipulé qu'elle ne prendra effet qu'à une date ultérieure ou qu'elle dépendra des termes spécifiés dans la Garantie et que le Garant pourra déterminer au vu de tous documents spécifiés dans la Garantie. » La CNUCILCS, à son art. 7 (1) et (4), prévoit aussi des dispositions spécifiques à l'émission de la garantie: « L'émission d'un engagement se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur intéressé. Dès le moment de l'émission d'un engagement, une demande de paiement peut être faite, conformément aux termes et conditions de l'engagement, à moins que celui-ci ne stipule un autre moment. »

²⁸⁰ Cette situation peut se présenter dans le cadre d'une garantie de remboursement, par exemple, ou dans le cadre d'un projet nécessitant la mise en place de garanties successives. L'utilisation d'une telle clause permet d'éviter le cumul ou la juxtaposition des garanties. Dans ces conditions, ce type de garantie n'entre en vigueur qu'au moment où les fonds sont avancés par le créancier, le risque couvert n'existant pas avant la manifestation de cet événement. Par souci de clarté, il est préférable que la condition de mise en œuvre de la garantie soit subordonnée à la survenance d'un événement de fait, tel que la réception d'une avance dans le cadre d'une garantie de remboursement, plutôt que de la lier directement aux conditions d'exécution du contrat de base. Cela pourrait avoir comme conséquence de mettre en péril le caractère autonome de la garantie. On peut citer l'affaire Trim. Com. Paris, 17 déc. 1990, D. 1991. Somm. 194, où la Cour a reconnu la validité d'une garantie prévoyant qu'elle prendrait effet à la survenance d'un événement prévu par les parties au contrat. Ici, il s'agissait de la réception par le donneur d'ordre d'une avance directe consentie par le bénéficiaire.

²⁸¹ À ce sujet, M. Simler cite plusieurs décisions françaises confirmant le principe de la suspension des effets juridiques pour la période en cause: « Cf. Trib. com. Paris 5 mai 1981, réf.: D.S. 1981, 482, 3e esp., note Vasseur. — Sur appel, Paris 2 juin 1982: D.S. 1983, 437, concl. Flipo, note Vasseur. — Sur pourvoi, Cass. com. 5 fév. 1985: Bull. civ. IV, n. 45; D.S. 1985, 269, 4e esp., note Vasseur. — V. aussi Paris 14 nov. 1978: D.S. 1979, 259, 3e esp. note Vasseur. » Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 95.

²⁸² Art. 11(d) CNUCILCS, prévoit expressément la période limite où la garantie est exécutable: « Le droit du bénéficiaire de demander paiement en vertu de l'engagement s'éteint lorsque la période de validité de l'engagement a expiré conformément aux dispositions de l'art. 12. » et l'art. 12 prévoit que « la période de validité de l'engagement expire: A) à la date d'expiration [...] » et l'art. 19 CCI 458 prévoit aussi et dans des termes encore plus précis cette limite: « Toute demande de paiement sera faite conformément aux termes et conditions de la garantie au plus tard à l'expiration de celle-ci, c'est-à-dire avant ou à la date d'expiration [...]

ou à la survenance de « tout fait entraînant [son] expiration »²⁸³. De fait, cet événement ne devrait, en aucun cas, dépendre de la volonté de l'une ou de l'autre des parties. Quoi qu'il arrive, il est conseillé de toujours prévoir une date butoir bien que l'expiration de la garantie soit soumise à la survenance d'un événement donné²⁸⁴.

Le paiement de la garantie peut être réclamé à n'importe quel moment avant son échéance. Cette exigibilité découle évidemment du caractère autonome de la garantie. Le terme du contrat de la garantie n'est donc pas lié au terme du contrat de base. Le prolongement de ce dernier n'aura ainsi aucune conséquence immédiate sur la garantie et sa date d'échéance²⁸⁵. À l'inverse, la fin prématurée du contrat de base ne rend pas pour autant la garantie caduque. Ce qui n'est pas le cas du cautionnement par exemple, où la condition d'exigibilité est liée à celle de la dette principale²⁸⁶.

sinon la demande sera rejetée par le garant. » Quant au CCI 500, il est prévu aux articles 42 à 47 les exigences spécifiques concernant la date extrême de validité de lettre de crédit stand-by.

Art. 42 (a): « Tout crédit doit stipuler une date extrême de validité et un lieu de présentation des documents pour paiement, acceptation ou, sauf le cas de crédits librement négociables, pour négociation. Toute date extrême de validité stipulée pour le paiement, l'acceptation ou la négociation sera considérée comme étant la date extrême pour la présentation des documents. »

Art. 43 (a): « Outre la stipulation d'une limite pour la présentation des documents, tout crédit qui exige un ou des documents de transport devrait aussi fixer une période expressément définie après la date d'expédition, au cours de laquelle les documents doivent être présentés en conformité avec les termes et conditions du crédit. Si une telle période n'est pas stipulée, les banques refuseront les documents présentés plus de 21 jours après la date d'expédition. Dans tous les cas, cependant, les documents doivent être présentés au plus tard à la date d'expédition du crédit. »

Il a ainsi été jugé qu'une contre-garantie rédigée de façon identique à la garantie et de surcroît, comportant le même terme extinctif, devient caduque à l'expiration de la garantie de premier rang, si une prolongation n'a pas été demandée avant l'arrivée du terme; C.A. Paris, 25 févr. 1988; D. 1989, somm. p. 150, obs. Vasseur; sur pourvoi, Cass. com., 3 avr. 1990: Bull. civ. IV, n° 104; JCP 1990, éd. G, IV 212; D. 1991, somm. p. 125; cité dans Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 96.

- 283 Art. 19 et 22 RUGD et à l'art. 12 CNUGILCS: « La période de validité de l'engagement expire: b) si l'expiration est fonction, selon l'engagement, de la survenance d'un acte ou d'un fait [...] ». »
- 284 La CNUGILCS, art. 12, prévoit un maximum de six ans depuis l'émission de la garantie, pour qu'elle soit exécutée.
- 285 Il va sans dire que dans ces circonstances, il y a fort à parier que le bénéficiaire demandera le « prolongement ou paiement » de la garantie, ce qui lui sera certainement accordé. Mais si le bénéficiaire n'en fait pas la demande, cette prolongation ne s'opère pas automatiquement et à l'échéance la garantie sera bel et bien échue.
- 286 Com. 28 janv. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 35: Dans cette affaire où le litige mettait en cause la détermination du statut de la garantie, la Cour de cassation confirma la décision de la Cour d'appel qui avait qualifié la garantie de cautionnement. Ce faisant, la Cour a permis au bénéficiaire d'appeler la caution. Il va sans dire que la qualification avait toute son importance et plus particulièrement en regard de sa date d'échéance. Contrairement à la situation quasi généralisée, la caution avait intérêt à ce que la sûreté en cause soit qualifiée de garantie à première demande, plutôt que de cautionnement. Compte tenu que la demande de paiement s'est produite après

Néanmoins, il est possible que les parties n'aient pas convenu d'échéance expresse dans l'acte de garantie. Dans ces circonstances, le terme devra en quelque sorte être déduit de la volonté des parties. Conséquemment, toutes références expresses aux risques couverts, et leur respect, constituera un indice important dont le tribunal aura à juger quant à la caducité de la garantie²⁸⁷.

En terminant, mentionnons que le bénéficiaire peut, à tout moment, donner mainlevée expresse et libérer le garant avant l'échéance convenue de la garantie.

ii Renouvellement de la garantie

Cette clause de renouvellement (*extension clause*) permet évidemment de prolonger le terme de la garantie. Elle est généralement incluse dans des contrats de garantie qui ont pour objet de couvrir des opérations à exécution successive²⁸⁸, tels que des garanties de soumission et de bonne exécution. Advenant tout retard dans l'exécution du contrat principal, la garantie sera ainsi prolonger. Il va sans dire qu'une telle clause procure un net avantage au bénéficiaire car elle lui permet de maintenir sa position de force face au donneur d'ordre sans avoir à utiliser la technique du « paye ou prolonge » qui comporte certains risques²⁸⁹.

Cette clause place quand même le donneur d'ordre dans une situation précaire. Ainsi, si la clause ne comporte aucune limite temporelle, la garantie sera susceptible d'être prolongée pour une

la date d'expiration de la sûreté personnelle, le garant aurait été libéré de son obligation de paiement. L'appel de la garantie autonome n'est pas recevable postérieurement à la date d'échéance.

²⁸⁷ C'est néanmoins ce qui s'est produit dans le cadre de l'affaire de la Chambre commerciale du 4 avril 1990. La contre-garantie fut émise sans qu'il y ait de durée mentionnée expressément dans le contrat de contre-garantie. Ayant à déterminer si la demande de paiement de la contre-garantie avait été présentée dans les délais, la Cour de cassation a conclu que les conditions exprimées dans la garantie devaient être réputées également constituer les conditions des contre-garanties correspondantes. Les garanties de premier rang étant devenues caduques à raison de l'expiration de leur durée de validité, les contre-garanties l'étaient également. Com., 4 avr. 1990, D.1991.somm. 195, obs. Vasseur. Le professeur Prüm cite, à juste titre, le cas de la garantie de soumission. Le risque couvert, soit l'octroi d'un contrat « x », s'éteint au moment de l'adjudication dudit contrat et de son acceptation par le soumissionnaire; A. PRUM, *op. cit.*, note 24, n° 248, p. 123.

²⁸⁸ A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 130, n° 265.

²⁸⁹ Le prochain paragraphe, *le prolongement de la garantie*, sera consacré à l'étude de cette technique.

période indéfinie. Néanmoins, le donneur d'ordre ne se trouve pas dans une situation beaucoup plus risquée que celle établie par la pratique du « paye ou prolonge ».

iii. Prolongement de la garantie

On ne saurait traiter de la durée de la garantie sans faire mention du prolongement forcé de la garantie. Il s'agit de l'un des aspects incontournables dans le cadre de la pratique commerciale de la garantie bancaire internationale. Dans le jargon commercial on parle de la clause *extend or pay request!* ou de « prolongez ou payez ! ». Le bénéficiaire utilise ce mécanisme afin d'obtenir une prorogation déguisée de la garantie. Cette demande est extrêmement contraignante pour le donneur d'ordre. À défaut d'accorder au bénéficiaire le prolongement requis, le garant sera forcé de procéder au paiement de la garantie suivant la demande qui lui est présentée par le bénéficiaire²⁹⁰.

Cette demande de prolongement, contrairement à la clause de renouvellement, ne découle pas d'une clause ou d'un droit prévu au contrat de garantie, mais elle constitue plutôt un pouvoir inhérent à la garantie à demande. Les RUGD ont en quelque sorte codifié le principe à l'article 26 et y prévoient les modalités d'exécution d'une demande de cette nature²⁹¹.

Les motifs justifiant une demande de prolongement. Plusieurs motifs peuvent justifier le recours à une demande de prolongement pour le bénéficiaire. Lorsque le débiteur, donneur d'ordre,

²⁹⁰ Le vocabulaire peut également varier selon le type de garantie. Dans le cadre de la garantie de soumission, cette situation existe aussi sous une forme dérivée, soit une demande de prolongement ou de retrait (*extend or withdraw*).

²⁹¹ Art. 26 RUGD: « Si le Bénéficiaire sollicite une prorogation de la validité de la Garantie comme une alternative à une demande de paiement présentée selon les termes et conditions de la Garantie, et conformément aux présentes Règles, le Garant en informera sans délai la partie qui lui a donné ses instructions. Le Garant suspendra alors le paiement de la demande pendant un délai raisonnable pour permettre au Donneur d'ordre et au Bénéficiaire de se mettre d'accord sur l'octroi d'une telle prorogation et pour permettre au Donneur d'ordre de prendre les dispositions en vue de l'émission de celle-ci.

Si aucune prorogation n'est octroyée avant l'expiration dudit délai, le Garant est tenu de verser au Bénéficiaire le montant de la demande dûment conforme, sans autre démarche de la part de ce dernier. Le Garant n'encourt aucune responsabilité (pour des intérêts ou toute autre cause) si un paiement dû au Bénéficiaire se trouve retardé du fait de la procédure décrite ci-dessus.

Même si le Donneur d'ordre accepte ou sollicite une telle prorogation, elle ne sera accordée que si le Garant et le(s) Contregarant(s) l'accepte(nt) également. »

n'a pas complété ses obligations prévues au contrat principal, le bénéficiaire peut lui allouer plus de temps pour qu'il termine le contrat principal. Dans ce contexte, la demande de prolongement du bénéficiaire est rarement refusée. Il en est de même lorsqu'un délai supplémentaire est nécessaire au bénéficiaire pour des motifs administratifs.

Les demandes de prolongement non justifiées et répétées sont plus problématiques, le bénéficiaire utilisant parfois ce mécanisme dans l'unique but de mettre de la pression sur le donneur d'ordre pour qu'il accepte d'effectuer, par exemple, des travaux supplémentaires non prévus au contrat principal.

La prise de décision du prolongement de la garantie. Le bénéficiaire présente généralement sa demande dite « payez ou prolongez ! » directement à la banque garante. Il y a lieu de se demander qui prend alors la décision d'accorder ou non le prolongement.

De façon générale, la décision d'accorder ou non une demande de prolongement, justifiée ou non, revient au donneur d'ordre²⁹². Celui-ci se trouve dans une situation très vulnérable, puisque le refus d'accorder un prolongement de la garantie a pour conséquence de transformer celle-ci en une demande de paiement, ce qu'il veut éviter à tout prix. La banque soumet donc la demande de prolongement à son donneur d'ordre. En cas de silence de la part de ce dernier, la banque, dans l'intérêt de son client, acceptera la demande. Malgré le désaccord du donneur d'ordre, la banque pourra, dans des circonstances exceptionnelles, telles que des difficultés financières de la part de son client, refuser de prolonger la garantie²⁹³.

²⁹² Ce principe se retrouve également codifié à l'article 26 des RUGD; *id.* Il y a lieu de noter que la Cour d'appel de Paris a toutefois atténué quelque peu ce principe en décidant que le garant n'avait pas à consulter le donneur avant de répondre à une demande de « prolongation ou de paiement ! ». Le professeur Vasseur a également appuyé cette position; Paris, 22 nov. 1985, D. 1986, I.R. 155. La Cour d'appel a réajusté son tir en 1988 en jugeant qu'un banquier qui consent une prorogation d'une garantie sans instructions du donneur d'ordre commet une faute; CA Paris, 12 oct. 1988, D. 1990, somm. p. 205, obs. Vasseur.

²⁹³ La CCI a codifié ce principe à son art. 26: « Même si le Donneur d'ordre accepte ou sollicite une telle prorogation, elle ne sera accordée que si le Garant et le(s) Contregarant(s) l'accepte(nt) également. »

Dans le cas d'une garantie indirecte, c'est la règle contraire qui prévaut. La banque garante est généralement autorisée à prendre la décision de prolonger ou non la garantie, sans obtenir d'autorisation préalable du donneur d'ordre. Elle doit quand même en aviser, le donneur d'ordre et la contre-garante. La contre-garantie sera elle aussi prolongée pour la même période que la garantie. Il serait toutefois étonnant que le garant prolonge sa garantie avant de s'assurer que la contre-garantie soit également prolongée, ou à tout le moins qu'il en fasse la demande.

Le refus de la demande de prolongement. Comme nous l'avons vu précédemment, les demandes de paiement constituent l'exception dans la pratique des garanties bancaires. L'exception des exceptions, c'est la demande dite de prolongement refusée. Ainsi, les demandes de paiement surviennent le plus fréquemment à la suite d'une demande dite de « paiement ou prolongement » refusée²⁹⁴.

La Cour d'appel de Paris a toutefois nuancé, dans une décision de 1995, la portée d'une demande de paiement faite sous la forme initiale d'une demande de prolongation. L'une des questions soulevées par la Cour concernait la contrainte réelle d'une demande de prolongement refusée, quant à l'obligation de paiement du garant. La Cour a conclu que la « demande de "prolongation ou de paiement" ne constituait pas un appel ferme et non équivoque de mise en jeu immédiat des garanties »²⁹⁵.

²⁹⁴ À titre d'exemple on peut mentionner les décisions de la Cour de cassation du 21 mai et du 19 novembre 1985. Ces deux arrêts sont relatifs à des contre-garanties à première demande. Quelques jours précédant la date d'expiration de la garantie et de la contre-garantie, le bénéficiaire procéda, sous le prétexte d'une défaillance du donneur d'ordre dans l'exécution de ses obligations contractuelles, à une demande de « prorogation ou paiement » de la garantie pour une période de trois mois. Le donneur d'ordre n'étant disposé à proroger que pour un mois, le garant a procédé au paiement de ladite garantie. La Cour de cassation a maintenu la décision de la Cour d'appel qui avait cassé la défense de payer ordonnée par le juge des référés (première instance française); Com. 21 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n°160. *Infra*, p. 114, *notion d'abus de droit*.

²⁹⁵ CA Paris, 1er ch. B, 23 juin 1995, JCP 1995, éd. E, II 735, note de Bachir Georges Affaki; dans cette affaire, le bénéficiaire a demandé le prolongement ou paiement de la garantie. Cette demande fut faite dans les délais prévus à la garantie. Il en fut de même pour la contre-garantie, qui expirait 15 jours après l'échéance de la garantie. Par contre, l'accord des parties pour la prorogation de la contre-garantie était subordonné à une autorisation administrative. Le bénéficiaire fut informé du refus de ladite autorité, après la date d'expiration prévue à la contre-garantie. Dans les circonstances particulières de cette affaire, il fut décidé que la demande de paiement sous la forme d'une demande de « prolongation ou paiement » ne constituait pas un appel ferme. En conséquence, comme il y avait une durée déterminée prévue à la garantie (et contre-garantie) et qu'elle n'a pas été mise en jeu avant la date d'expiration, la garantie est devenu caduque. La Cour d'appel a, en quelque sorte,

La solution retenue par la CCI 458 à son article 26 est selon nous plus claire. Elle évitera au bénéficiaire de se voir invoquer la caducité de la garantie, par suite du refus de la part du garant (avec ou sans l'accord du donneur d'ordre) de prolonger postérieurement au délai prévu à la garantie²⁹⁶.

Une formule de rechange. Une autre pratique s'est développée pour contourner la contrainte que représentait le paiement, probablement non justifié, suivant le refus de prolonger la garantie. La formule est connue sous le nom de *hold for value*²⁹⁷. Ce nouveau concept amène plusieurs interrogations qui n'ont toujours pas été résolues par les tribunaux des juridictions à l'étude. On peut souligner au passage que selon le cas, cette formule pourrait par exemple représenter une véritable demande de prolongement de la garantie, permettant au bénéficiaire d'en faire la demande ultérieurement ou encore qu'elle soit traitée de la même façon que la clause de « prolongation ou paiement ! » selon laquelle le paiement serait différé.

2. Conditions formelles

Il peut sembler surprenant de parler de conditions formelles, lorsque de prime abord, l'appel de la garantie est soumis aucune forme particulière. Toutefois, il y a deux conditions principales qui doivent être analysées. Tout d'abord, la demande de paiement doit être écrite. La seconde condition, moins fréquente, est la présentation de documents à l'appui de la demande de paiement. Nous verrons dans les paragraphes suivants les principales caractéristiques de ces deux exigences.

fait suite à la malheureuse décision rendue par la Cour de cassation en 1989 (Com. 24 janv. 1989), selon laquelle elle a refusé le paiement d'une demande résultant de conditions similaires, aux motifs qu'il ne s'agissait pas d'un appel ferme et non équivoque, mais plutôt d'une demande de maintien des garanties ! Cette décision est pour le moins surprenante en ce que la Cour a fait sienne les propos de la Cour d'appel.: « que le télex adressé par la Rafidain Bank [le garant] au CIC [le contre-garant], le 11 décembre 1984, énonçait: "nous vous demandons l'autorisation d'une prorogation jusqu'au 31 juillet 1985, ou le paiement des sommes"; ne constituait qu'une demande de maintien et non un appel ferme et non équivoque de leur mise en jeu immédiate. » Com. 24 janv. 1989, J.C.P. Éd. G, 1990.II.21425, obs. Mattout et Prüm.

²⁹⁶ *Supra*, note 291; art. 26 RUGD.

a. Modalité de la demande.

Bien qu'aucune exigence spécifique ne soit prévue au contrat de garantie bancaire à première demande, il s'avère qu'un minimum de règles doivent être observées pour que le paiement se réalise. Les Règles de la CCI prévoient que « toute demande de paiement aux termes de la Garantie devra être faite par écrit [...] »²⁹⁸. Le terme « écrit ou par écrit » inclut la télétransmission authentifiée, le télex, le télégramme ou un message contrôlé d'échange de données informatiques (« EDI ») équivalent²⁹⁹.

Bien qu'il soit préférable d'utiliser l'une des formes précédemment mentionnées, rien n'empêche les parties à la garantie de prévoir toute autre forme de demande de paiement³⁰⁰. L'appel de la garantie peut aussi être soumis à d'autres exigences, comme la production de certains documents à l'appui de la demande ou à tout le moins, une justification de la part du bénéficiaire. Les paragraphes suivant abordent ces questions.

b. Clause de paiement de la garantie

La garantie peut prévoir deux types de conditions pour que la banque effectue le paiement de la garantie. Il y a les conditions dites positives, qui doivent être remplies par le bénéficiaire, et celles dites négatives, qui doivent être prouvées par le donneur d'ordre. Dans ce dernier cas, la banque

²⁹⁷ Le professeur Bertrams cite la formule-type utilisée par le bénéficiaire et le garant dans le cadre d'une contre-garantie: *Please block the amount of the (counter-) guarantee and do not consider the validity period as expired*; R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 212.

²⁹⁸ Il va sans dire que cette exigence, prévue à l'art. 20 CCI 458, peut être exclue en le spécifiant expressément dans les termes de la garantie. La CNUGILCS prévoit également aux art. 15 et 7 un certain formalisme;

Art 15: « Toute demande de paiement en vertu de l'engagement est faite dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de l'engagement. »

Art. 7 (2): « Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire. »

²⁹⁹ Art. 2 (d) RUGD.

³⁰⁰ Par contre, en cas de contestation, la preuve de la demande de paiement pourrait être plus ardue à réaliser pour le bénéficiaire, n'ayant aucune preuve documentaire de sa demande de paiement.

devra immédiatement aviser le donneur d'ordre afin qu'il puisse fournir à la banque les informations exigées par la garantie.

Une garantie contient toujours une condition positive, qui variera d'une simple demande de paiement sans aucune autre formalité à la production de documents spécifiques par le bénéficiaire ou un tiers, ou même, selon le cas, d'une décision du tribunal d'arbitrage. Comme nous le verrons, ce sont les diverses conditions de paiement qui distinguent un type de garantie bancaire d'un autre.

Le paiement sur demande. La garantie sur demande ou communément nommée garantie à première demande (*first demand guarantee*), constitue sans contredit la forme de garantie la plus utilisée, quand à son mode de paiement. Les commentaires du professeur Vasseur sont à cet égard très révélateurs:

« La jurisprudence demeure abondante en matière de garantie indépendante. On y relèvera comment la pratique de la garantie à première demande pure et simple est absolument générale et qu'il est sans doute vain d'espérer qu'elle puisse refluer. »³⁰¹

La garantie bancaire payable sur demande permet au bénéficiaire de recevoir le paiement de la garantie à la suite d'une simple demande de paiement de sa part, tel que son nom l'indique, sans aucune autre formalité³⁰². Il est même habilité à réclamer la totalité de la somme prévue à la garantie, sans avoir à justifier ou à prouver le montant réel de sa perte.

La seule responsabilité du garant, c'est de s'assurer que les conditions prévues à la garantie ont été respectées par le bénéficiaire. Par conséquent, la banque émettrice n'est pas autorisée à exiger, de la part du bénéficiaire, d'autres informations concernant le contrat principal. Même dans le doute, la banque ne peut s'exonérer de son obligation de payer le bénéficiaire³⁰³.

³⁰¹ M. Vasseur, *Droit Bancaire (garantie indépendante)*, D. 1989. Somm.145.

³⁰² Seulement une demande de paiement écrite ou justifiée.

³⁰³ La Cour de cassation a confirmé cet aspect de la garantie dans l'arrêt du 19 fév. 1991: « Mais attendu qu'ayant retenu, à bon droit, que l'engagement pris par la banque Indonsuez, banque contre-garante, était indépendante du contrat de base, la Cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer la recherche invoquée dès lors que les seuls griefs tirés des conditions d'exécution de ce contrat, à les supposer établis, n'étaient pas susceptibles d'apporter la preuve d'une fraude ou d'un abus manifeste dans l'appel de la contre-garantie; que le moyen n'est pas fondé; Par ces motifs: Rejette le pourvoi. » Com. 19 fév. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 76.

Il est possible que les conditions de la garantie à demande soient plus contraignantes pour le bénéficiaire. Il pourrait ainsi être exigé du bénéficiaire qu'il produise, avec sa demande de paiement, une déclaration faisant état du défaut du donneur d'ordre. Dans le cas de la garantie de soumission, par exemple, la garantie pourrait prévoir que la déclaration du bénéficiaire doive faire état du refus du soumissionnaire de signer le contrat qui lui a été adjugé. Cette formule intermédiaire entre la garantie à première demande et la garantie documentaire est désignée comme la « garantie à première demande justifiée »³⁰⁴.

³⁰⁴ Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 64: « Elle résulte de la traduction littérale de l'expression "*justified request*", en usage dans la terminologie anglo-saxonne. » Ce principe a d'ailleurs été reconnu par la Cour d'appel de Paris; Paris, 24 nov. 1981, J.C.P. 1982, éd. G. II, 19876. Cette nouvelle forme de garantie exige simplement de la part du bénéficiaire une déclaration circonstanciée, selon laquelle le contrat de base n'a pas été exécuté du fait du donneur d'ordre. Elle n'exige pas la preuve du non-accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations. La Chambre commerciale a pour la première fois confirmé ce principe en 1991, sans toutefois utiliser textuellement l'expression « garantie à première demande justifiée ou motivée ». La Cour a ainsi confirmé qu'une clause de la garantie exigeant du bénéficiaire qu'il soit tenu de se prévaloir de l'inexécution de ses obligations par le donneur d'ordre dans le cadre de l'appel de la garantie, ne changeait pas la nature de l'instrument pour un cautionnement; Com. 19 fév. 1991, J.C.P. Éd. G. 1991.II.21670, obs. Vasseur; *supra*, note 36.

Ce n'est qu'en 1992 que la Cour de cassation a défini, dans deux arrêts plutôt qu'un, cette variété de la garantie; Com. 19 mai 1992, *Bull. civ. IV*, n°187: « que la "demande justifiée" exigée du CPA [le garant] ne pouvait s'entendre que d'un appel motivé de la contre-garantie et non d'une requête assortie de justifications relatives à l'exécution du marché de travaux, la Cour d'appel a méconnu la loi du contrat [...]. » Le second arrêt, rendu le 3 novembre 1992 mérite d'être cité au long:

« Attendu, selon les énonciations de l'arrêt, que la Société auxiliaire d'entreprise de la région parisienne (SAEP) a sous-traité certains travaux d'un chantier à la société Sud-Est Travaux du Bâtiment (ETB); qu'à la convention de sous-traitance ont été annexés deux actes portant l'intitulé "caution", lesquels stipulaient que la Banque du bâtiment et des travaux publics (la banque) s'engageait à verser tout ou partie des sommes faisant l'objet du présent engagement de caution, l'un "à la première demande" et l'autre "dans les 15 jours d'une simple mise en demeure" devant être "motivée par la mauvaise exécution des obligations du sous-traitant [...]" sans pouvoir élever aucune exception ou soulever de contestation de quelque nature que ce soit pour différer ou refuser le versement"; qu'à la suite de la mise en liquidation judiciaire de la société ETB, la société SAEP a assigné la banque en exécution des deux conventions;

Attendu que, pour décider qu'il s'agissait de deux cautionnements et pour rejeter cette demande, la Cour d'appel a retenu que les deux contrats étaient des accessoires de la convention de sous-traitance, que leur mise en œuvre dépendait de son inexécution et que le caractère de garantie autonome était exclu par l'obligation faite à la banque de motiver sa demande, conditionnée par la mauvaise exécution des obligations du sous-traitant;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, si les deux actes litigieux se référaient l'un et l'autre au même contrat, le premier stipulait l'obligation d'effectuer le versement prévu à première demande, sans qu'elle eût à être justifiée par quelque condition ou vérification, tandis que le second prévoyait que la banque ne pouvait élever aucune protestation ou exception de quelque nature que ce fût pour différer ou refuser le paiement, et que l'obligation de "motiver" la demande n'imposait au bénéficiaire, en l'absence de toute autre stipulation, que de fournir un exposé descriptif de ses griefs, sans avoir à apporter la preuve de leur bien-fondé, la Cour d'appel a méconnu la loi du contrat;

PAR CES MOTIFS:

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 3 avril 1990, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris [...]; Com. 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 335.

Le paiement sur présentation de document. Cette forme de garantie bancaire correspond à une garantie indépendante, dont l'une des conditions de paiement de la garantie repose sur la production d'un document émanant généralement d'un tiers.

La garantie documentaire vise à contraindre le bénéficiaire à produire une preuve de non-exécution du contrat principal. La banque a comme obligation d'examiner les documents qui lui sont soumis, afin de s'assurer de leur conformité tel que stipulé au contrat de garantie. Par contre, la banque ne peut exiger de la part du bénéficiaire qu'il fournisse d'autres documents que ceux énumérés au contrat de garantie.

Les banques considèrent la garantie documentaire plus complexe et risquée, étant donné qu'elles ont des obligations plus contraignantes que dans le cadre de la simple garantie sur demande. Elles préfèrent donc généralement la garantie à demande à la garantie documentaire. Néanmoins, la garantie documentaire est de plus en plus utilisée.

La garantie documentaire la plus courante est celle prévoyant une condition positive. Ainsi, le bénéficiaire a l'obligation de produire un document prédéterminé dans le contrat de garantie, attestant l'inexécution, de la part du titulaire du compte, d'une ou de plusieurs de ses obligations prévues au contrat principal. La condition négative constitue la seconde forme de garantie documentaire. Le donneur d'ordre peut alors, pour éviter que la banque ne procède au paiement de la garantie, produire les documents requis par la garantie affirmant qu'il a correctement exécuté ses obligations prévues au contrat de base.

Le paiement soumis à l'arbitrage. Cette garantie exige la participation d'un arbitre ou d'une cour de justice. Celle-ci aura le mandat de statuer sur la responsabilité du débiteur principal quant à la bonne exécution de ses obligations prévues au contrat de base. Il s'agit d'une forme de garantie rarement utilisée dans le cadre du commerce international.

Dans ce cas, la signification du terme « garantie indépendante » est gravement affectée, car toute défense pourrait être invoquée de la part du donneur d'ordre pour tenter de prouver qu'il

s'agit d'une demande de paiement injustifiée, frauduleuse ou non conforme et que le tribunal devrait refuser que le paiement soit effectué en vertu de la garantie. Il va de soi que ce type de garantie est le plus désavantageux pour le bénéficiaire.

En résumé, les exigences vont varier selon la clause de paiement adoptée par les parties à la garantie. Ainsi, lorsque la garantie est stipulée payable sur demande justifiée, le bénéficiaire a la responsabilité de motiver sa demande de paiement. Dans le cas d'une garantie documentaire, il est évident que les documents prévus au contrat devront être joints à la demande de paiement. Le même principe prévaut pour le paiement soumis à l'arbitrage, la décision de l'instance d'arbitrage devant être jointe à la demande de paiement. Lorsque le bénéficiaire s'est conformé aux exigences prévues au contrat de garantie, le garant doit procéder au paiement de la garantie. Comme nous le verrons dans la prochaine section, le garant doit une fois de plus se plier à un certain exercice de vérification avant de procéder au paiement.

Ayant analysé les conditions de paiements liées à la durée et plus particulièrement les demandes de « prolongation ou paiement », nous pouvons maintenant aborder la dernière partie de la présente section portant sur la réalisation de la garantie. Elle sera divisée en trois sections principales. Les conditions relatives au paiement seront le premier sujet analysé. En second lieu, nous examinerons l'importante question des recours accessibles au donneur d'ordre pour s'opposer au paiement de la garantie. Nous concluons avec l'inévitable question des recours disponibles, après le paiement de ladite garantie.

B. Paiement au bénéficiaire

Notre analyse portera davantage sur les obligations et responsabilités du garant découlant de la réception d'une demande de paiement faite par le bénéficiaire. Nous verrons entre autres choses les questions concernant le délai dont dispose le garant pour procéder au paiement et les avis à donner

par le garant à la suite d'une demande de paiement. Tout d'abord, nous poserons un regard sur la notion de conformité de la demande de paiement.

La conformité de la demande. La principale obligation du garant est de procéder au paiement de la somme garantie et dès la réception de la demande, si l'appel est régulier. Le garant a donc le devoir de s'assurer que les conditions et exigences de paiement ont bel et bien été respectées dans leur intégralité³⁰⁵. Le garant doit s'assurer que, *prima facie*, l'appel de la garantie est conforme³⁰⁶. Par contre, le garant doit se limiter aux informations qui lui sont soumises avec la demande de paiement pour analyser la demande. Il ne peut exiger du bénéficiaire ni explications, ni justifications supplémentaires³⁰⁷, et plus particulièrement celles faisant référence au contrat de base. Cette règle découle du principe de l'autonomie et de l'inopposabilité des exceptions³⁰⁸. La banque doit néanmoins refuser de payer si le bénéficiaire ne respecte pas les termes et conditions dans leur intégralité³⁰⁹.

-
- 305 L'art. 16 CNUGILCS: « Toute demande de paiement sera faite conformément aux termes et conditions de la garantie [...] le garant/émetteur [devra] examine[r] la demande [...] conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 14 [qui prévoit que] lorsqu'il s'acquitte de ses obligations en vertu de l'engagement et de la présente Convention, le garant/émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable compte tenu des normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettre de crédit stand-by » (nous soulignons). Cette exigence est également mentionnée aux art. 2, 15 et 13 CNUGILCS: « Les droits et obligations du garant/émetteur et du bénéficiaire découlant de l'engagement sont déterminés par les termes et conditions énoncées dans l'engagement [...] »
- 306 Il veillera particulièrement à ce que les conditions matérielles et formelles précédemment mentionnées soient remplies par le bénéficiaire. Le professeur Prüm n'hésite pas à spécifier que « [l]es conditions d'exécution d'une garantie à première demande, quel qu'en soit le contenu précis, demeure de pure forme »; A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 192.
- 307 Trib. com. Nantes 22 sept. 1983, D. 1984. inf. rap. 202, obs. Vasseur. La situation doit être plus nuancée dans le cadre d'une garantie « glissante », en vertu de laquelle, selon le mécanisme prévu à la garantie, le garant peut être appelé à vérifier la somme où le solde demeurant garantie.
- 308 Cette question fut abordée précédemment: *Supra*, p. 35. Le garant ne peut, contrairement au cautionnement, se fonder sur une exception née du rapport de base pour rejeter une demande de paiement. À titre d'exemple nous citerons l'arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 1990, qui retient que « l'obligation de s'informer des conditions de l'exécution du contrat de base [de la part de la banque garante de premier rang], ne donne pas de base légale à sa décision »; Cass. com., 23 oct. 1990, D. 1991, Somm. 197. En droit anglais: *IE Contractors Ltd v. Lloyd's Bank Plc and Rafidian Bank* [1989] 2 Lloyd' Rep. 205.
- 309 L'art. 9 CCI 458, prévoit que « [t]out (tous) document(s) présenté(s) à un Garant au titre d'une Garantie, y compris la demande, sera(ont) examiné(s) par le Garant avec un soin raisonnable, afin de déterminer s'il(s) est (sont) conforme(s) en apparence aux termes et conditions de la Garantie. Les documents présentés aux termes de la garantie et qui, en apparence, ne sont pas conformes ou sont incompatibles entre eux, seront refusés » (nous soulignons). La CNUGILCS, à l'art. 19, prévoit expressément trois exceptions de paiement: « 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

Une des questions régulièrement soulevées concerne « l'intensité » de l'obligation du garant face à une demande de paiement. Les nouvelles dispositions de la CCI constituent un bon indice quant au devoir qui incombe au garant. Les RUGD énoncent, à l'art. 9, que toutes demandes de paiement devront être examinées avec un soin raisonnable³¹⁰. Conséquemment, si la demande de paiement s'avère être non conforme à ce que prévoit la garantie, notamment pour la somme à payer, la durée de la garantie, le bénéficiaire et le contrat de base désignés, les éventuelles motivations ou documents, le garant doit refuser de payer. Plusieurs décisions font état de cette situation³¹¹. Il en résulte que le garant risque davantage d'engager sa responsabilité s'il refuse le paiement de la garantie que s'il accepte³¹², dans la mesure où il aura agi de bonne foi et avec prudence³¹³.

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. » À l'art. 19 (2) CNUGILCS, on stipule les situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable, au terme de l'art. 19 (1) CNUGILCS.

- ³¹⁰ L'art. 9: « Tout (tous) document(s) présenté(s) à un Garant au titre d'une Garantie, y compris la demande, sera (ont) examiné(s) par le Garant avec un soin raisonnable, afin de déterminer s'il(s) est(sont) conforme(s) en apparence aux termes et conditions de la Garantie. Les documents présentés aux termes de la garantie et qui, en apparence, ne sont pas conformes ou sont incompatibles entre eux, seront refusés. » (Nous soulignons.)
- ³¹¹ La Cour de cassation a sévèrement réprimandé la banque dans une affaire où celle-ci avait refusé d'effectuer le paiement de la garantie à première demande au motif qu'il s'agissait d'un cautionnement lui permettant invoquer les exceptions liées au contrat de base. Par surcroît, la banque fut condamnée à de lourds dommages-intérêts: « Mais attendu que la Cour d'appel a révélé que la banque, en sa qualité de professionnel averti, n'avait pu se méprendre sur la nature et les caractéristiques des obligations qu'elle avait contractées, et que c'est de manière injustifiée qu'elle avait cru pouvoir résister au lieu de s'exécuter à la première demande qui lui en était faite; qu'ayant ainsi fait ressortir que, par sa mauvaise foi, la banque avait causé à la société Sorelec un préjudice, indépendant du retard, elle a légalement justifié sa décision du chef critiqué; que le moyen n'est pas fondé. » Com. 8 déc. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 261; *supra*, note 4, 104; *infra*, note 318. Dans le même sens: Com. 9 janv. 1990, D. 1991. Somm.191; la banque qui avait hésité sur la qualification de la garantie bancaire et en particulier qui invoquait les exceptions liées au contrat de base pour se soustraire de son obligation, fut condamnée à une amende de 10 000 francs pour son recours visant le refus de paiement, jugé abusif .
- ³¹² Comme nous le verrons dans la prochaine section, lors de la demande de paiement, si le bénéficiaire se conforme avec fidélité aux conditions formelles prévues à la garantie, il devient très difficile, pour ne pas dire presque impossible, d'en empêcher le paiement. Dans ces circonstances, même si aux yeux du donneur d'ordre le paiement est fait en fraude de ses droits, il devra démontrer, pour que la responsabilité du garant soit engagé, qu'au moment où ce dernier a procédé au paiement de la garantie, il avait connaissance du caractère manifestement abusif ou frauduleux de la demande. Le fardeau demeure très élevé pour le donneur d'ordre.
- ³¹³ Par contre, lorsque le garant n'agit pas de bonne foi ou s'il commet une faute lourde, il ne pourra pas, selon la Convention, être exonéré de sa responsabilité (art. 14). Les RUGD aux articles 11, 12, 13, 14 prévoient également une exonération quasigénérale de sa responsabilité face au cocontractant. Le garant ne pourra pas, toutefois, se soustraire de sa responsabilité advenant qu'il n'ait pas agi de bonne foi et avec soin raisonnable (art. 15 RUGD). Il faut néanmoins souligner le revirement de position de la Cour de cassation qui a reconnu, dans son arrêt du 18 déc. 1990, l'obligation de prudence, c'est-à-dire de vigilance, ou de conseil qui impute à la

Avis au donneur d'ordre. Plusieurs auteurs³¹⁴ considèrent que le garant a le devoir d'aviser le donneur d'ordre de toute demande de paiement, et ce, même en l'absence de conditions négatives, qui doivent être prouvées par ce dernier, afin de lui permettre d'obtenir, en cas de fraude, un arrêt de paiement émanant de la Cour.

Néanmoins, la règle développée par les tribunaux est à l'effet que le garant n'a pas l'obligation d'aviser le donneur d'ordre de la demande de paiement du bénéficiaire³¹⁵. Il semble toutefois que la pratique soit différente. Le garant aurait coutume d'aviser le donneur d'ordre au moment de la réception de la demande de paiement³¹⁶. Le donneur d'ordre, informé d'une demande de paiement qu'il juge erronée, illégale ou frauduleuse, tentera par tous les moyens de stopper le garant ou le contre-garant de payer la garantie³¹⁷.

Délai de paiement. Tel que mentionné préalablement, le garant a l'obligation de s'exécuter dès la réception de la demande. Tout retard injustifié de la part du garant dans le paiement l'expose à

banque face à son client; Com, 18 déc. 1990, D. 1991. Somm.193, obs. Vasseur. L'année précédente, le même tribunal avait refusé cette responsabilisation de la banque. Dans cette affaire le « donneur d'ordre [soutenait] avoir été trompé par une banque qui aurait failli à sa mission de conseil en n'attirant pas son attention sur la différence entre un cautionnement et une garantie à première demande ». Cette argument n'avait toutefois pas été exclu à proprement parler. La Cour s'est fondée sur l'absence de « concert frauduleux » entre le maître d'ouvrage et la banque garantie de premier rang, tel qu'établi dans l'arrêt du 11 déc. 1985 et du 10 juin 1986 de la Chambre commerciale, pour rejeter le pourvoi; Com. 10 janv. 1989, D. 1990. Somm.153, obs. Vasseur. À l'inverse, lorsque la garantie bancaire est émise par un non-professionnel, à la demande d'un professionnel du crédit, il incombe à ce dernier « de veiller à ce que le garant ait une pleine connaissance de la portée de son engagement, notamment en la distinguant du cautionnement dont il entend éviter les contraintes destinées à protéger la caution ». Paris, 16 avr. 1996, D. 1996.i.r. 165 et Com. 26 janv. 1993, RTD com. 1993.350, obs. Cabrillac et Teyssié (nous soulignons).

314 Pour ne citer que quelques auteurs: J. STOUFFLET, *J.Cl. Banque et Crédit*, fasc. 610, n° 43 et 46; Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 108; Michel VASSEUR, *Rép. com.* Dalloz, v° IV, Garantie indépendante, n° 102.

315 Toujours en vertu du principe de l'autonomie de l'engagement, le garant n'a pas à aviser ou à obtenir l'accord du donneur d'ordre avant de procéder au paiement. Paris, 22 juin 1978, D. 1979. 259, note Vasseur; Sentence CCI n° 3316, 1979, JDI, Rev. Arb.; *Essal Commodities Ltd v. Oriental Credit Ltd* [1985] 2 Lloyd's Rep. 542. *Contra*: les tribunaux américains ont forcé la banque à aviser le donneur d'ordre dans le cadre d'une lettre de crédit stand-by: *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, 606 F. 2d 10 (2d Cir. 1979).

316 Cette pratique a reçu écho à la CCI qui l'a en quelque sorte codifiée aux articles 17 et 21 RUGD : « Sous réserve des dispositions de l'article 10, en cas de demande, le garant avertira sans délai le donneur d'ordre ou le cas échéant le contre-garant et, dans ce cas, ce dernier avertira le donneur d'ordre » et « le garant transmettra sans retard la demande du bénéficiaire et tous documents connexes au donneur d'ordre ou, le cas échéant, au contre-garant pour transmission au donneur d'ordre. » (Nous soulignons.)

317 Cet aspect fera l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre de la section suivante.

une condamnation en dommages³¹⁸. Le principe applicable est celui du « délai raisonnable » ne dépassant pas sept jours³¹⁹, tel que codifié par la CCI et le *UCC*. Malgré la nouvelle règle quasi uniforme, il y a lieu de croire que dans le cadre d'une garantie à première demande, ce délai soit plus court³²⁰.

La contre-garantie. Le contre-garant a-t-il à son tour l'obligation de vérifier que le garant a correctement exécuté son mandat ou doit-il simplement effectuer le remboursement de la somme payée par la seconde banque, dès qu'il en fait la demande, sans vérification aucune³²¹? La pratique

-
- 318 Plusieurs décisions françaises ont condamné la banque à des dommages et intérêts au motif que leur refus de paiement ne reposait sur aucun moyen sérieux, était frivole, de mauvaise foi et présentait ainsi un caractère abusif. La banque fut condamnée à 100 000 FF en dommages et intérêts.; Ch. Com, 20 déc. 1982, D. 1983.365, note Vasseur: « Lorsque la banque refuse de payer, même à l'instigation du donneur d'ordre, c'est elle qui assume la responsabilité de ce refus; c'est elle qui refuse, puisqu'il s'agit de sa propre dette; c'est à elle à faire entendre raison au donneur d'ordre. » Trib. Com. Nantes, 23 sept. 1983, D. 1984. i.r.202 : la banque fut condamnée à 50 000 FF en intérêts et 10 000 en dommages; Trib. com. Paris, 6 janv. 1987, D. 1987, Somm. 174: 50 000 FF en dommages; Ch. Com. 8 déc. 1987, D. 1988. Somm. 240 obs. M. Vasseur; *supra*, note 4, 104, 311. Pour une liste plus exhaustive voir: R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 265, note 95.
- 319 Art 16 (2) CNUCILCS: « Sauf disposition contraire [...] le garant dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours ouvrables [...]. » Les RUGD sont moins spécifiques, ils mentionnent seulement, à l'art. 10, que le « garant aura un délai raisonnable pour examiner une demande au titre d'une garantie et pour décider s'il doit payer ou rejeter la demande ». Les CCI 500, à l'art. 13, prévoient que « la banque dispose d'un délai raisonnable, ne dépassant pas 7 jours [...], pour examiner les documents et décider si elles les lèvent ou les refusent [...] ». Pour terminer, les *UCC* amendées se sont inspirées des autres règles pour fixer la norme, soit un délai raisonnable, mais pas au-delà de sept jours suivant la réception de la demande de paiement (*An issuer has a reasonable time after presentation, but not beyond the end of the seventh business day of the issuer after the day of its receipt of document.*).
- 320 C'est d'ailleurs ce que les commentateurs des nouveaux *UCC* ont mentionné: *Examiners must not that the seven-day period is not a safe harbour. The time within which the issuer must give notice is the lesser of a reasonable time or seven business days. Where there are few documents (as, for example, with the mine run standby letter of credit), the reasonable time would be less than seven days.* Uniform Commercial Code (U.L.A.) § 5-108 (b) (1995); Le professeur STOUFFLET parle de deux à trois jours; J. STOUFFLET, *J.Cl. Banque et Crédit*, fasc. 610, n° 43 et 46. Pour M. Bertrams, une période allant jusqu'à trois jours serait raisonnable. Dans le cadre de garantie documentaire, elle peut se prolonger; R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 264.
- 321 Lorsque la contre-garantie prévoit un engagement du contre-garant de paiement suivant le paiement de la garantie et non simplement suivant une simple demande de paiement de la part du garant, il semble, à tout le moins selon la Cour d'appel de Paris, que la preuve du paiement de la garantie doit être fournie au contre-garant. La Cour d'appel de Paris a ainsi fait défense au contre-garant de payer le garant, « puisque ce dernier n'a pas fait la preuve qu'il avait lui-même déjà remis au bénéficiaire les fonds dont il sollicite le remboursement » (nous soulignons). Le professeur Vasseur mentionne à juste titre que « le droit réside dans l'art des mots et même d'un seul mot ». Dans l'affaire en cause, le contre-garant c'était engagé, envers le garant, à « remboursement tous montants [...] que vous pourriez être requis de payer [...] » (nous soulignons). En utilisant le terme remboursement, qui implique que la banque garante de premier rang a déjà payé la garantie de premier rang, elle devait faire la preuve du paiement pour avoir droit au remboursement, soit le paiement de la contre-garantie;

bancaire actuelle ne permet pas au contre-garant de procéder à de telles vérifications de conformités. En fait aucune information n'est transmise de la banque garante à la banque contre-garante, qui lui permettrait de réaliser de telles vérifications. De toute façon, puisque le principe de l'autonomie est également applicable à la contre-garantie, le garant n'a pas plus de justification à donner au contre-garant que celles prévues au contrat de contre-garantie³²². En somme la dynamique de la garantie s'applique *mutatis mutandis* à celle de la contre-garantie. Rendre le paiement de la garantie conditionnelle à la bonne exécution du contrat de garantie, reviendrait à diluer complètement le concept de l'autonomie³²³.

Paris, 15 janv. 1986, D. 1986, i.r. 160, obs. Vasseur; Voir: M. Vasseur résume les principes applicables dans ses commentaires de l'arrêt suivant: Trib. Com. Paris, 1 août 1984, D. 1986, i.r. 159, obs. Vasseur.

322 Il y a lieu de faire état de la réflexion du Professeur Vasseur suivant l'arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1991. Cette affaire concerne d'une garantie à première demande justifiée et plus particulièrement une contre-garantie de cette nature:

« Quant à la question ci-dessus soulevée — et qui mérite examen — de savoir, au cas de garantie à premier demande justifiée ou motivée, à l'occasion de laquelle la banque garante de première ordre n'avait pas rempli ses obligations [...] si ladite banque garante de premier rang est non-responsable, à l'égard de la banque contre-garante, du bien-fondé, à apprécier ultérieurement, de l'appel de la contre-garante et devrait, à la demande, après coup, de la banque contre-garante, justifier de ce bien-fondé, apporter la preuve de l'inexécution de ses obligations, par le donneur d'ordre, en indiquant, cette fois, lesquelles, c'est là une question que la doctrine n'a guère abordée. Elle paraît néanmoins appeler une réponse négative.

[...] Il n'apparaît pas pour autant que la banque contre-garante puisse, après coup, exiger de la banque garante de premier rang qu'elle justifie de l'appel de la garantie de premier rang et apporte la preuve de l'inexécution, par le donneur d'ordre, de ses obligations ou de telles d'entre elles. La banque garante de premier rang est d'ailleurs dans l'impossibilité matérielle absolue d'apporter cette preuve. Le contrat de base, les circonstances de son exécution ou de son inexécution lui échappent. Cette preuve ne peut concerner que les rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. C'est le lieu de faire état de l'indépendance entre la contre-garantie et le contre de base. » Com. 19 fév. 1991, J.C.P. Éd. G. 1991.II.21670, obs. Vasseur (nous soulignons).

323 Cette règle a été confirmée par les tribunaux français dans les affaires suivantes: Com. 21 mai, 11 déc., 20 nov. 1985, D. 1986.213, note Vasseur; *contra*: Le professeur Bertrams suggère que, dans le cadre de la contre-garantie, les banques adoptent une pratique qui se rapproche davantage du crédit documentaire. Le contre-garant devrait examiner la demande de paiement du bénéficiaire afin de s'assurer qu'elle respecte les exigences prévues à la garantie. Cette exigence de vérification de la part de la première banque devrait même être imposée par la loi. Si elle jugeait que la deuxième banque n'aurait pas dû payer le bénéficiaire, celle-ci ne serait pas remboursée des sommes qu'elles auraient payé. Cette question devrait alors être tranchée par le tribunal. Ainsi la première banque aurait la même responsabilité face au titulaire de compte dans le cas d'une garantie indirecte que directe; R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, pp. 138-144; Trib. Com. Paris, 1 août 1984, D. 1986, i.r. 159, obs. Vasseur: dans cette arrêt, la Cour a fondé sa défense de payer la contre-garantie sur la base de deux motifs. Le premier est contestable et le second est justifié, selon Vasseur. La Cour avait jugé que l'appel de la contre-garantie n'était pas conforme puisque « les deux banques garantes de premier rang n'apportent aucune indication sur la fourniture par le maître d'ouvrage des documents prévus par les lettres de garanties [...] ». Selon les observations de M. Vasseur, les lettres de contre-garantie ne contenaient pas de telles exigences.

2° OPPOSITION AU PAIEMENT DE LA GARANTIE

La présente section sera consacrée à l'analyse des demandes de paiement dites frauduleuses et manifestement abusives. Il s'agit en fait de la seule exception au principe de l'autonomie de la garantie. Face à un tel type de demande de paiement le donneur d'ordre tentera l'impossible pour éviter que le garant procède audit paiement. Nous verrons donc quels sont les recours dont le donneur d'ordre dispose pour s'opposer au paiement de la garantie et finalement les recours possibles pour le garant et le donneur d'ordre après le paiement de la garantie. Mais avant d'aborder cette question nous présenterons les motifs qui peuvent être invoqués à l'appui d'une procédure visant à stopper le paiement. Nous nous attarderons plus particulièrement à l'exception de fraude et d'abus manifeste.

A. Motifs pour s'opposer au paiement

Il va sans dire que le premier motif justifiant un refus de paiement constitue la non-conformité de la demande de paiement. Le garant ayant l'obligation de s'en assurer, celui-ci assumera les conséquences du paiement d'une demande irrégulière³²⁴. Toutefois, il ne s'agit pas du motif le plus fréquent.

Le deuxième motif justifiant le non-paiement de la garantie est sans aucun doute la demande de paiement manifestement frauduleuse ou abusive. La demande de paiement frauduleuse constitue une donnée incontournable des garanties bancaires. Une fois la garantie émise, le donneur d'ordre est placé dans une situation très précaire face au bénéficiaire. Ce dernier peut facilement abuser du pouvoir que lui procure la garantie et procéder à son appel peu importe le motif³²⁵. À défaut de

324 Il se verra refuser le remboursement de la dite somme de la part du donneur d'ordre. *Infra*, p. 138.

325 Comme nous l'avons mentionné précédemment; *supra*, p. 15, la garantie est utilisée par le bénéficiaire comme outil de négociation et elle lui permet de maintenir une pression afin d'obtenir du donneur d'ordre plus que ce qu'il serait disposé à lui offrir en vertu du contrat de base. Dans ces circonstances, le bénéficiaire peut vouloir se servir du paiement de la garantie pour se placer dans une meilleure position dans le règlement d'un litige survenu à propos de l'exécution du contrat de base.

satisfaire les exigences du bénéficiaire, qui sont souvent à la source de toute demande de paiement, le donneur d'ordre se doit d'entreprendre les démarches judiciaires appropriées.

C'est évidemment dans le cadre d'une garantie à première demande que la situation est la plus critiquée. Suivant la règle de l'inopposabilité des exceptions, le bénéficiaire jouit d'une protection quasi absolue. Ainsi, tous les motifs reliés au contrat de base ne sont pas admissibles en principe pour justifier un refus de paiement de la part du garant. Que l'obligation garantie ait été exécutée, que le contrat de base soit nul, ou encore que le bénéficiaire n'ait pas exécuté sa prestation au contrat de base, ces arguments ne sont pas recevables pour empêcher le paiement de la garantie. En fait, la seule exception au principe de l'autonomie est la fraude ou l'abus manifeste.

1. Exceptions de fraude et d'abus manifeste

La force exécutoire de la garantie est ainsi limitée par la fraude et par l'abus manifeste. Nous tenterons de définir ces deux concepts et d'en analyser la portée telle qu'interprétée par les tribunaux.

La notion de fraude ou l'adage *fraus omnia corrumpit*, la fraude corrompt tout, est, pour ainsi dire, reconnue dans l'ensemble des ordres juridiques, notamment le domaine du droit commercial international. Le système de droit canadien ne fait pas exception à la règle. Un exemple de l'application de ce principe se trouve dans la célèbre affaire *Angelica-Whitewear*³²⁶. Dans cette affaire, le juge Le Dain s'exprime ainsi sur la question:

« Je suis d'avis de confirmer que l'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit documentaires fait partie du droit canadien, y compris du droit du Québec. Il n'y a aucun motif de principe pour lequel l'exception de fraude ne devrait pas être appliquée au Québec sur le même fondement qu'elle a été appliquée dans la *common law*. Elle repose sur un principe commun aux deux systèmes de droit, qui est habituellement exprimé en droit civil par la maxime *fraus omnia corrumpit* et en *common law* par la maxime *ex turpi causa non oritur actio*.. »³²⁷

³²⁶ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, précité, note 62, p. 82.

³²⁷ Bien que cette décision a été rendue concernant une affaire de lettre de crédit documentaire, nous considérons, tel que mentionné précédemment (*supra*, p. 41), que ces principes sont applicables *mutatis mutantis* à la garantie

Tous reconnaissent que l'arrêt *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp*³²⁸ constitue l'arrêt de principe sur la question. Il s'agit de la cause classique basée sur une lettre de crédit³²⁹, dans laquelle le donneur d'ordre a entrepris des procédures judiciaires visant à stopper la banque émettrice de payer le bénéficiaire. Les prétentions du donneur d'ordre, *Sztejn*, étaient à l'effet qu'il y aurait eu fraude, car bien que les documents présentés pour l'encaissement avaient été irréprochables, la marchandise expédiée n'était pas conforme à celle prévue au contrat de base. Le bénéficiaire avait plutôt livré de l'équipement sans valeur et de la pacotille. Le tribunal américain a alors prononcé une interdiction de payer à l'égard de la banque émettrice, *J. Henry Schroder Banking Corp*. Il fut jugé en l'espèce qu'il ne s'agissait pas d'une simple violation du contrat, mais bel et bien d'une fraude active du bénéficiaire et qu'un tel comportement ne méritait pas d'être protégé par le principe de l'indépendance de la transaction documentaire.

Suivant cette décision historique, il ne faisait plus de doute que la garante est en droit de refuser d'honorer une demande de paiement présentée par le bénéficiaire d'un crédit documentaire lorsque cette demande est frauduleuse.

Une autre décision importante en la matière est la fameuse affaire anglaise *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd*³³⁰. Dans cette affaire, l'entreprise anglaise, *Edward Owen Engineering Ltd*, conclut un contrat en 1976 avec une entreprise publique du Libye, soit *Agricultural Development Council of Libya*. Une garantie de d'exécution pour 10% de la valeur du contrat est émise en faveur du *Agricultural Development Council of Libya*. Le donneur d'ordre

bancaire. C'est d'ailleurs la position que la Cour suprême semble adopter: « La plupart des affaires [à laquelle la Cour se réfère dans le cadre de l'élaboration de son analyse juridique] ont trait à une demande d'injonction préliminaire ou interlocutoire visant à empêcher une banque émettrice de payer aux termes d'une lettre de crédit ou de garantie » (nous soulignons); *id.*

328 31 N.Y.S. 2d. 631 (S.C. 1941).

329 La lettre de crédit était utilisée à titre de paiement pour l'achat de biens particuliers et non pour garantir l'exécution du contrat de base.

330 [1978] 1 ALL ER 976; Cette cause est au cœur même de l'évolution de la garantie bancaire. Il s'agit de la première décision rendue par le plus haut tribunal britannique. Elle est l'une des premières à reconnaître la spécificité et la nature de l'instrument financier, tout en maintenant un lien étroit avec sa cousine, la lettre de crédit: *A performance bond is a new creature so far as we are concerned. It has many similarities to a letter of credit, with which of course we are very familiar; id.*, 981 (L. Denning).

anglais avait mandaté sa banque, la *Barclays Bank*, d'émettre une contregarantie en faveur de la banque garante, *Umma Bank* du Libye, laquelle a émis la garantie bancaire en faveur du bénéficiaire, *Agricultural Development Council of Libya*. Suivant les termes de l'entente, *Edward Owen Engineering Ltd*, devait être payer par lettre de crédit qui, malheureusement n'a jamais été émise. Malgré le défaut de payer son cocontractant, *Agricultural Development Council of Libya*, le bénéficiaire a requis de sa banque, *Umma Bank*, le paiement de la garantie bancaire. Cette dernière a fait de même envers la contregarante, la *Barclays Bank*. D'où la requête en injonction du donneur d'ordre *Edward Owen Engineering Ltd* envers sa banque, *Barclays Bank*, en arrêt de paiement.

Le juge Lord Denning, faisant directement référence à l'arrêt *Sztejn*, a réitéré la limite au principe de l'autonomie:

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. The most illuminating case is of Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.

That case shows that there is this exception to the strict rule [de l'indépendance de la garantie]: 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 when there is no right to payment [...]

All this leads to the conclusion that the performance guarantee stands on a similar footing to a letter of credit. A bank which gives a performance guarantee must honour that guarantee according to its terms. [...] The bank must pay according to its guarantee, on demand if so stipulated, without proof or conditions. The only exception is when there is a clear fraud of which the bank has notice³³¹.

Cet arrêt constitue un des piliers édictant les principes applicables en matière de garantie bancaire.

La Chambre des Lords, sous la plume de Lord Diplock, a circonscrit davantage cette limite au principe de l'autonomie en stipulant, dans l'affaire *United City Merchants (Investments) Ltd v. Royal Bank of Canada*³³², que l'exception de fraude ne s'applique pas à l'égard d'un tiers lorsque le bénéficiaire est innocent. Dans cette affaire concernant une lettre de crédit, les courtiers d'affrètement, qui agissaient pour le transporteur, avaient, à l'insu du vendeur et du bénéficiaire, frauduleusement falsifié le connaissement. Ils avaient inscrit une fausse date en regard des

³³¹ *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd*, précité, note 330, 982-3 (L. Denning).

³³² [1983] 1 A. C. 187.

marchandises qui avaient été reçues à bord. Cette information constituait une exigence importante de la lettre de crédit. Sur la base de ces informations, la Cour a jugé que, vu les circonstances la fraude non imputable au bénéficiaire, telle la fraude d'un tiers, lui était inopposable³³³. Ce principe a expressément été approuvé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Angelica-Whitewear Ltd*³³⁴. Du côté américain, la question demeure toujours en suspens. On peut souligner que, malgré le fait qu'il n'y ait pas de décision similaire à l'affaire *United City Merchants* spécifiant que la fraude d'un tiers n'était pas opposable au bénéficiaire, il n'en demeure pas moins que le principe semble toutefois être reçu³³⁵. Par contre, les codificateurs n'ont pas cru bon de spécifier cette limite dans la version de 1995 du *UCC*³³⁶.

La Cour suprême a, dans l'affaire *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, également reconnu ces principes tout en contribuant à leur raffinement. Elle a, entre autres choses, spécifié que la notion de fraude incluait celle de fraude « dans l'opération sous-jacente ». Il

³³³ *The whole commercial purpose for which the system of confirmed irrevocable documentary credits has been developed in international Trade is to give to the seller an assured right to be paid before he parts with control of the goods that does not permit of any dispute with the buyer as to the performance of the contract of sale being used as a ground for non-payment or reduction or deferment of payment.*

*To this general statement of principle as to the contractual obligations of the confirming bank to the seller, for the purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representations that contain, expressly or by implication, material representations of fact that to his knowledge are untrue. Although there does not appear among the English authorities any case in which this exception has been applied, it is well established in the American cases of which the leading or "landmark" case is *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S. 2d. 631 (S.C. 1941). This judgement of the New York Court of Appeals was referred to with approval by the English Court of Appeal in *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, [1978] Q.B. 159, thought this was actually a case about a performance bond under which a bank assumes obligations to a buyer analogous to those assumed by a confirming bank to the seller under a documentary credit. The exception for fraud on the part of the beneficiary seeking to avail himself of the credit is a clear application of the maxim *ex turpi causa non oritur actio* or, if plain English is to be preferred, "fraud unravels all" The Court will not allow their process to be used by a dishonest person to carry out a fraud. *United City Merchants (Investments) Ltd v. Royal Bank of Canada*, précité, note 332, 183- 184.*

³³⁴ Pour le juge Le Dain « [] l'opinion exprimée dans *United City Merchants* selon laquelle l'exception de fraude devrait être restreinte à la fraude du bénéficiaire d'un crédit et ne devrait pas viser la fraude d'un tiers dont le bénéficiaire est innocent. » *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, précité, note 62, 83.

³³⁵ Dans l'affaire *Aetna Life & Casualty Co. v. Huntington National Bank*, 934 F.2d 695, 700 (6th Cir. 1991), la Cour a refusé de sanctionner la fraude d'un employé du bénéficiaire, faute d'avoir prouvé que le bénéficiaire en avait connaissance: *[E]ither state or assume that the fraud must have been perpetrated by the beneficiary in order to permit an issuer to dishonour a letter of credit.*

³³⁶ Il est ainsi prévu au *UCC* § 5-109(a)et(b) (1995) qu'il est applicable *[either when] a required document is forged or materially fraudulent*. Dans de telles circonstances, un tiers pourrait en être l'auteur.

s'agissait en fait, d'un élargissement du principe déjà reconnu par l'arrêt *Sztejn*³³⁷. Ainsi donc, après avoir analysé l'évolution de la jurisprudence américaine et anglaise sur la question, le juge Le Dain arrive à la conclusion suivante:

« À mon avis l'exception de fraude opposable à l'autonomie des lettres de crédit documentaires ne devrait pas être restreinte au cas de fraude dans les documents présentés, mais devrait comprendre la fraude dans les opérations sous-jacentes de nature à rendre frauduleuse la demande de paiement en vertu d'un crédit. [...]

De plus, les termes de Lord Denning, maître des rôles, dans *Edward Owen Engineering* - [traduction] 'la demande de paiement est faite de manière frauduleuse dans les circonstances où il n'y a aucun droit au paiement' - laissent entendre qu'on ne voulait pas restreindre l'exception de fraude à la fraude documentaire de manière stricte. À mon avis, l'exception de fraude applicable à l'autonomie d'un crédit documentaire devrait viser tout acte du bénéficiaire d'un crédit qui aurait pour effet de lui permettre d'obtenir le bénéfice du crédit par suite d'un acte frauduleux. »³³⁸

Cette notion élargie de la fraude reçut écho, pour une certaine période, chez nos voisins américains. Ainsi, dans une affaire similaire à celle de *Sztejn*, où le vendeur avait expédié de vieux gants de boxe non rembourrés, déchirés et moisissus au lieu de gants de boxe neufs tel que le client l'avait demandés, la Cour d'appel de New York a qualifié cette transaction de frauduleuse, suivant la codification du UCC³³⁹. L'arrêt *United Bank Ltd v. Cambridge Sporting Goods Corp.* est l'un des premiers aux États-Unis à reconnaître une transaction frauduleuse en regard de l'opération sous-jacente et à en ordonner l'arrêt de paiement:

It should be noted that the drafters of section 5-114, in their attempt to codify the Sztejn case and in utilising the terms "fraud in the transaction", have eschewed a dogmatic approach and adopts a flexible standard to be applied as the circumstances of a particular situation mandate ³⁴⁰.

³³⁷ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, précité, note 62, 74.

³³⁸ *Id.*, 83.

³³⁹ C'est dans les années soixante-dix que le principe de la fraude dans la transaction, développé dans *Sztejn*, fut codifié sous le UCC § 5-114(2): *Unless otherwise agreed when documents appear on their face to comply with the terms of a credit but required document does not in fact conform to the warranties made on negotiation or transfer of a document of title (Section 7-507) or of a certificate security (Section 8-306) or is forged or fraudulent or there is fraud in the transaction:*
(a) *the issuer must honor the draft or demand for payment [...]* (nous soulignons).

³⁴⁰ *United Bank Ltd v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 360 N.E.2d 943 (1976).

Il faut toutefois noter que cette notion de « fraude dans la transaction » a toujours été un sujet controversé chez nos voisins. Pour certains, le mot « transaction » fait référence au contrat de base et pour d'autres, il se limite au contrat de garantie³⁴¹. Sans entrer dans les détails de cette polémique, qui paraît maintenant résolue avec la dernière version du *UCC*, il semble que cette distinction soit plutôt artificielle. Dans leur analyse pour déterminer si les documents soumis pour le paiement de la lettre de crédit et surtout dans le cas de stand-by, sont frauduleux, les tribunaux se réfèrent déjà à la relation sous-jacente³⁴². Lors de la récente révision du *UCC*, ils ont en quelque sorte mis de côté la notion restrictive de la fraude dans la transaction³⁴³. Cette nouvelle approche, bien qu'elle s'harmonise davantage avec les règles développées au Canada et en Angleterre³⁴⁴, est axée sur une notion de fraude dite « documentaire ».

En droit civil français. Les civilistes français décrivent « [l]a fraude [comme étant] l'intention de se soustraire par un moyen approprié à l'application d'une règle obligatoire »³⁴⁵, ou encore comme étant des manœuvres d'une personne qui « par ruse [tente] de tirer partie, de bénéficier d'un droit ou, plus généralement d'un avantage dont [elle] ne devrait pas profiter »³⁴⁶. Il s'agit en fait de détourner le mécanisme de sa finalité. Comme nous le verrons, cette règle est parfaitement applicable au sujet en cause.

341 Voir: John F. DOLAN, *The Law of Letters of credit*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, Inc., 1984, pp. 7-25.

342 R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, p. 290; Lazar SARNA, *Letters of Credit: Aspect of the Law and Practice*, Éditions Carswell, Toronto, 1989, (dernière mise à jour: septembre 1996), c.5, p.9 et 10.

343 Selon le nouveau UCC § 5-109 (1995), le recours du donneur d'ordre n'est pas limité à la fraude dans les documents, mais selon l'expression consacrée, à la fraude dans la transaction, incluant la transaction sous-jacente, soit le contrat de base: *honour of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant*. Sans doute dans le but de dissiper toute hésitation sur l'interprétation du UCC § 5-109 (1995), les rédacteurs ont pris soin d'y inclure certains commentaires. Le premier est pour le moins éloquent: *[When fraud is alleged] the court must examine the underlying transaction [...] for only examining that transaction can one determine whether a document is fraudulent or the beneficiary has committed fraud and, if so, whether the fraud was material*.

344 M. Morrison souligne à juste titre que toute cette jonglerie intellectuelle sur le concept de fraude dans la transaction a eu pour effet de diminuer l'utilité des précédents américains pour les tribunaux britanniques et canadiens. F. Paul MORRISON, « Letters of credit », *Letters of credit - Applications in domestic and international transactions*, Insight Press, Toronto, 1994, p.125.

345 G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, tome 2, n° 412.

346 Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, Introduction générale n° 741.

La notion de fraude a connu une évolution quelque peu différente en France. C'est en 1953 que la Cour de cassation a, pour la première fois, retenu l'adage *fraus omnia corrumpit* dans le cadre d'un crédit documentaire³⁴⁷. Bien que la doctrine ait reconnu que ce principe était également applicable aux garanties bancaires, ce n'est qu'en 1985 que la Cour de cassation s'est prononcée sur la dite question:

« En relevant que la banque garante était au courant de l'évolution des rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie et qu'elle ne pouvait avoir aucun doute sur le caractère frauduleux de l'appel de la garantie, dont l'objet était de faire supporter par le donneur d'ordre la charge du financement d'une société qu'on lui avait impérativement substituée, une Cour d'appel retient à bon droit que cette collusion frauduleuse faisait échec au principe de l'autonomie en matière de garanties et de contre-garanties à première demande et rendait inopposable à la banque contre-garante et au donneur d'ordre le paiement que prétendait avoir effectué la banque garante au bénéficiaire. »³⁴⁸

En juin 1986, la Cour de cassation a réaffirmé ce principe de façon encore plus précise:

« Si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche, l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en cas de fraude manifeste. »³⁴⁹

En plus d'être fondée sur le mécanisme général de la fraude, reposant sur le principe général *fraus omnia corrumpit*, la doctrine et la jurisprudence françaises, considère que la fraude est basée sur la violation du principe de bonne foi. Ce principe se trouve codifié à l'art. 1134 *in fine*

³⁴⁷ Cass. 4 mars 1953.

³⁴⁸ Com. 11 déc. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 292; les commentaires du professeur Vasseur sont très révélateurs sur la portée de cet arrêt: « C'est le premier arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui reconnaisse l'existence de la fraude manifeste et consacre le bien-fondé de l'interdiction pour ce motif à une banque française de payer la contre-garantie qu'elle avait fournie. » Com. 11 déc. 1985, D. 1986.217, note Vasseur. Il y a lieu de mentionner que la Cour de cassation a, une année auparavant, jeté les bases de l'application de la fraude, tout en refusant de sanctionner le comportement du bénéficiaire, faute par le donneur d'ordre d'en avoir prouvé le caractère frauduleux. La Cour a, toutefois, implicitement admis que si la fraude avait été prouvée, elle aurait alors appliqué la maxime *fraus omnia corrumpit*; Com. 12 déc. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 344.

³⁴⁹ Ainsi fréquemment, les tribunaux débute leur décision en mentionnant: « Vu l'article 1134 du Code civil; [...] »; et en conclusion, rejettent la demande de paiement. Cass. com., 10 juin 1986; dans cette affaire, l'entrepreneur, donneur d'ordre, a saisi le juge des référés d'une demande à l'effet que défense soit faite aux banques de payer le montant de la garantie et de la contre-garantie aux maîtres d'œuvre bénéficiaires. La Cour retient que l'appel fait par ce dernier, de la garantie de bonne fin, constituait une manœuvre frauduleuse, compte tenu qu'il avait laissé les factures impayées sans établir aucunement les malfaçons ou retard qu'il lui imputait dans des allégations vagues de pure forme; Com. 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117.

C.c.fr³⁵⁰. Toute décision devant faire référence au code civil, les tribunaux français s'appuient systématiquement sur cet article 1134 du code pour soutenir leurs argumentations³⁵¹ dans le cadre de litiges impliquant une garantie bancaire. Le professeur Prüm, qui résume ainsi la notion de fraude, telle que reconnue en droit français :

« Il n'empêche qu'en cas d'exercice frauduleux d'une garantie à première demande ou d'un crédit documentaire, la manœuvre consiste essentiellement pour son bénéficiaire à tirer argument de l'indépendance de sa créance sur le banquier pour s'arroger un paiement dont il sait qu'il est manifestement indu en regard du contrat de base. L'illicéité de la prétention à l'égard du banquier n'apparaît, en quelque sorte, que par ricochet dans la mesure où elle a pour effet de détourner le contrat de garantie ou de crédit de son objet. Or en essayant de déjouer la volonté des parties, le bénéficiaire contrevient au principe de bonne foi de l'article 1134 du Code civil, dont l'exception de fraude vient sanctionner le caractère obligatoire. »³⁵²

Les tribunaux français ont particularisé leur approche en regard de la notion de fraude. Ils ont en quelque sorte élargi le principe applicable pour y inclure l'abus de droit. Tout comme la fraude, il s'agit d'un mécanisme susceptible de faire obstacle au paiement de la garantie.

Notion d'abus de droit. La distinction peut sembler quelque peu théorique compte tenu du fait que de nombreuses décisions des tribunaux français ne se bornent qu'à qualifier l'appel de la garantie comme étant à la fois abusif et frauduleux. Plusieurs auteurs considèrent également que l'abus manifeste apparaît comme une forme de fraude et ils font allusion, sans distinction aucune, à la fraude manifeste et à l'abus manifeste³⁵³. Néanmoins, cette question mérite que l'on s'y attarde brièvement.

³⁵⁰ « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

³⁵¹ Com. 20 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 19; nous ne pouvons nous empêcher de nous référer, à titre d'exemple, à la décision du 11 décembre 1985 de la Cour de cassation. Nous citerons l'une des six références aux principes de la bonne foi que les magistrats ont utilisés: « [...] la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi, par refus d'application, l'art. 1134 du Code civil, alors, d'autre part, que l'objet même de la garantie de bonne fin est de permettre le financement des travaux que, pour une raison quelconque, l'entrepreneur n'a pas achevés [...] »; Com. 11 déc. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 292.

³⁵² A. PRUM, *op. cit.*, note 24, p. 248.

³⁵³ Michel VASSEUR, *Rép. com.* Dalloz, v° *Garantie indépendante*, n° 119; Dominique Legeais, J.-Cl. éd Th., fasc. 484., n° 39-41; Philippe SIMLER, J.-Cl. N., fasc. K., n° 130; J. STOUFFLET, J.-Cl. Ban. et Crédit, fasc. 610, n° 57.

Dans un arrêt rendu en 1985, la Cour d'appel de Paris³⁵⁴ a semé tout un émoi dans la communauté juridique en distinguant clairement la fraude et l'abus manifeste. La Cour a ainsi écarté l'abus manifeste à titre de défense de paiement de la garantie:

« Le donneur d'ordre prend nécessairement un risque d'un appel abusif des garanties à première demande, puisque de telles garanties confèrent au bénéficiaire le pouvoir discrétionnaire de les appeler sans fournir de justification;
Le caractère même manifestement abusif de l'appel des garanties ne peut être assimilé à une fraude supposant un comportement, des manœuvres destinées à tromper le cocontractant, alors que l'appel des garanties ne constitue que l'exécution d'une clause du contrat liant les parties. »³⁵⁵

Toute cette polémique a pris fin en 1987, lorsque la Cour de cassation a renversé la précédente décision de la Cour d'appel et a admis définitivement l'abus manifeste, de même que la fraude manifeste, comme étant opposable au paiement de la garantie³⁵⁶.

En droit québécois, l'abus de droit a également été reconnu. La Cour supérieure, dans l'affaire *B.G. Checo*³⁵⁷, a assimilé l'abus de droit du bénéficiaire d'une lettre de crédit stand-by à la fraude. Ainsi, lorsque le donneur d'ordre, à la suite d'événements politiques, s'est vu dans l'impossibilité d'exécuter le contrat sous-jacent au crédit, le tribunal a jugé que la demande d'exécution du crédit constituait un abus de droit équivalent à une fraude. Par conséquent, la Cour déclara que le bénéficiaire ne pouvait forcer le paiement auprès de la banque garante.

La contre-garantie. Dans le cadre de la contre-garantie, la détermination de la fraude exige une condition supplémentaire appelée « collusion frauduleuse ». Pour être ainsi qualifié de frauduleux,

354 Paris, 12 juin 1985, D. 1986.i.r.161.

355 *Id.*

356 « Attendu que pour écarter la demande du [donneur d'ordre] en disant n'y avoir lieu à référé, la Cour d'appel relève que "le caractère, même manifestement abusif, comme en l'espèce, de l'appel des garanties ne peut être assimilé à une fraude de nature à paralyser le jeu de ces garanties; qu'en effet la fraude suppose un comportement, des manœuvres destinées à tromper le cocontractant alors que l'appel des garanties en l'espèce ne constitue que l'exécution d'une clause du contrat liant les parties";
Attendu qu'en statuant ainsi en se référant à l'application des stipulations contractuelles alors que, s'agissant de l'appel de la contre-garantie, elle en avait reconnu le caractère manifestement abusif, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales qui résultaient de ses propres constatations. » Com. 20 janv. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 19.

357 *B.G. Checo International Ltée. c. B.N.P. Canada Inc.*, J-E 81-922 (C.S.).

il est nécessaire que le garant qui demande le paiement de la contre-garantie, ait eu connaissance que l'appel préalable de la garantie était lui-même frauduleux. Cette exigence additionnelle a, entre autres, été développée par ce que l'on peut désormais appeler la « trilogie de 1985 »³⁵⁸. Au dire de la Cour de cassation, pour que l'appel de la contre-garantie soit qualifié de frauduleux, il doit y avoir eu une collusion frauduleuse entre le garant de premier rang et le bénéficiaire au moment de l'appel de la garantie. La Chambre commerciale a, par ailleurs, eu l'occasion de réitérer sa position, à plusieurs reprises³⁵⁹. Les observations du professeur Vasseur concernant une affaire à propos d'une « garantie justifiée » sont, à ce sujet, très évocateurs³⁶⁰:

« Il faut à l'évidence comprendre que n'était pas davantage abusif, ni frauduleux, l'appel de la contre-garantie, par la banque garante de premier rang [...]. En effet, l'appel de la contre-garantie n'aurait pu être abusif ou frauduleux que si l'appel de la garantie, par le bénéficiaire, avait lui-même été abusif ou frauduleux et si (condition cumulative), appelant la contre-garantie, la banque garante de premier rang avait agi de concert avec le bénéficiaire. Dès lors que l'appel à la garantie, par le bénéficiaire, n'était ni abusif, ni frauduleux, l'appel de la contre-garantie, par la banque de premier rang, ne pouvait l'être. »³⁶¹ (Nous soulignons.)

³⁵⁸ Il s'agit des arrêts du 21 mai, du 20 novembre et du 11 décembre 1985 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française. Nous citerons un des passages les plus évocateurs: « En relevant que la banque garante était au courant de l'évolution des rapports entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie et qu'elle ne pouvait avoir aucun doute sur le caractère frauduleux de l'appel de la garantie, dont l'objet était de faire supporter par le donneur d'ordre la charge du financement d'une société qu'on lui avait impérativement substituée, une Cour d'appel retient à bon droit que cette collusion frauduleuse faisait échec au principe de l'autonomie en matière de garanties et de contre-garanties à première demande et rendait inopposable à la banque contre-garante et à son donneur d'ordre le paiement que prétendait avoir effectué la banque garantie au bénéficiaire. » Com. 11 déc. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 292 (nous soulignons); *supra*, p. 113.

³⁵⁹ Com. 29 avril et 10 juin 1986, D. 1987.17, note Vasseur; Com. 10 janv. 1989, D. 1989.Somm.153, obs. Vasseur. Com. 12 déc. 1995, JPC éd. E, 1996, Pan 200.

³⁶⁰ Com. 19 fév. 1991, J.C.P. Éd. G. 1991.II.21670, obs. Vasseur.

³⁶¹ Dans une décision rendue en 1991, la Cour d'appel de Paris nous fournit un bon exemple de l'application ce principe, dans « [u]n arrêt qui présente le mérite de rappeler avec une parfaite exactitude tous les principes qui gouvernent la matière des garanties. » Selon les dires du professeur Vasseur; Paris, 26 sept. 1991, D. 1992. Somm. 239:

« L'engagement du garant de premier rang présente une autonomie par rapport aux relations liant le donneur d'ordre au bénéficiaire et par rapport à celles qui le lient au donneur d'ordre;

Le bénéficiaire a le devoir d'appeler la garantie sans fournir de justification et le garant ne peut lui opposer les exceptions tirées du contrat de base;

De la même manière, il existe une autonomie complète de la contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang et au contrat de base;

Dans ces conditions, la procédure pendante devant une juridiction étrangère, opposant un exportateur français au maître d'ouvrage étranger, ne peut avoir aucune incidence sur l'obligation de payer de la banque française contre-garante, puisqu'elle concerne les rapports entre les seuls cocontractants au contrat de base;

L'évolution jurisprudentielle peut sembler hésitante par moments, mais il s'en dégage néanmoins une doctrine cohérente. En résumé, un appel de la garantie sera frauduleux et abusif lorsqu'en toute connaissance de cause, le bénéficiaire procède à la demande de paiement sans droit. L'abus, la fraude et la mauvaise foi apparaissent ainsi être des dénominations différentes d'une même réalité. Il ne reste au donneur d'ordre qu'à faire la preuve du caractère manifestement abusif ou frauduleux de la demande de paiement. Ainsi comme nous le verrons, la mauvaise foi de celui qui appelle la garantie devra être patente. Selon l'expression consacrée du professeur Vasseur, l'abus doit « crever les yeux »³⁶².

2. Conditions d'application de l'exception de fraude et d'abus manifeste

L'exception de fraude et d'abus manifeste touche certainement l'un des aspects les plus délicats concernant la garantie bancaire, soit la limite de l'autonomie. Tel que mentionné précédemment, seuls l'abus, la fraude ou la mauvaise foi manifeste peuvent faire échec au principe de l'autonomie et à la règle de l'inopposabilité des exceptions tenant au contrat de base.

Dans le cadre de la garantie bancaire, la recherche de l'existence d'un abus ou d'une fraude s'effectue de façon exceptionnelle dans les conditions formelles de la demande de paiement³⁶³.

En raison de l'autonomie de la garantie par rapport à la contre-garantie, le caractère abusif, à le supposer établi, de l'appel à la garantie de premier rang effectué par le bénéficiaire ne rendrait pas nécessairement par répercussion abusif l'appel à la contre-garantie auquel a procédé la banque garante de premier rang;

Il faut encore démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion frauduleuse manifeste entre la banque de premier rang et le bénéficiaire tendant à nuire à la banque française contre-garante, dont la preuve n'est rapportée en aucune manière;

Spécialement, le donneur d'ordre français n'établit pas que la banque garante de premier rang ne serait qu'une émanation du bénéficiaire et que cette qualité serait constitutive d'une fraude ou aurait été à l'origine d'une fraude. » (Nous soulignons.)

Bien que l'arrêt soit peu loquace sur la question, « la preuve d'une telle collusion n'[étant] pas rapportée, la cassation s'imposait donc, [puisque] seul, cette preuve était susceptible de caractériser l'existence d'un abus manifeste dans l'appel de la contregarantie », aux dires du professeur Vasseur; M. Vasseur, obs. sous Com. 25 mars 1991, D. 1991.Somm.202.

³⁶² Michel VASSEUR, *Rép. com.* Dalloz, v° IV, Garantie indépendante, n° 120.

³⁶³ Contrairement au crédit documentaire, la réalisation de la garantie bancaire obéit à un formalisme réduit et qui, par surcroît, ne requiert aucune justification de la part du bénéficiaire pour être mis en œuvre. À l'exception de la garantie à première demande justifiée; *supra*, p. 93, 95.

C'est généralement en regard de l'exécution de la relation fondamentale couverte par la garantie que celle-ci se concrétise. De là découle la grande difficulté de l'opération qui consiste à déterminer, le cas échéant, la nature frauduleuse ou abusive de la manœuvre du bénéficiaire, qui vise à s'arroger un avantage manifestement illicite grâce à l'indépendance de la garantie.

Dans le cadre de cette démarche, il faut, par ailleurs, se garder d'assimiler le caractère illégal de la demande de paiement à celui d'un simple appel injustifié. Ce dernier, contrairement à l'appel manifestement abusif ou frauduleux, ne permet pas au donneur d'ordre d'obtenir une défense de paiement de la garantie. Ceci s'explique par l'application du principe de l'inopposabilité des exceptions qui interdit au garant de tenir compte de toutes objections étrangères à la garantie et, plus particulièrement, de celles découlant directement du contrat de base.

Dans une série de décisions, la Cour de cassation témoigne de cette distinction, en spécifiant, sous différentes expressions, qu'un appel simplement injustifié ne donne pas ouverture à une défense de paiement:

Com. 21 mai 1985: « il ne peut être sérieusement soutenu par [le donneur d'ordre] que le fait, même apparemment établi, qu'elle ait rempli toutes ses obligations à l'égard du [bénéficiaire] serait de nature à dispenser le [contre-garant] de l'exécution d'un accord dont les termes obligent cette banque à payer les sommes garanties à la banque (garante de premier rang), sans autre justification du motif allégué pour l'appel de cette garantie³⁶⁴. » (Nous soulignons.)

³⁶⁴ Com. 21 mai 1985, D. 1986.216, note Vasseur. Dans le même sens: Com. 10 janv. 1989, D. 1989.Somm.153, obs. Vasseur. La Cour de cassation a, le 10 janvier 1989, rendu un « arrêt intéressant [selon les propos du professeur Vasseur] relativement à ce qu'il ne dit pas, mais dont il fait état ». Nous nous référons donc aux commentaires du professeur Vasseur pour en tirer un enseignement: « La Chambre commerciale déclare en outre faire abstraction des autres motifs critiqués par le moyen et par conséquent de celui tiré de ce que la Cour aurait fait état de malfaçons éventuellement apparues après l'établissement du certificat de conformité. Mais c'est le lieu de rappeler que, si elle avait entendu connaître de ce motif, la Chambre commerciale aurait vraisemblablement rappelé sa jurisprudence *Fechez* (Com. 21 mai 1985, D. 1986.213, note Vasseur), selon laquelle "le fait *même apparemment établi* que (le donneur d'ordre) a rempli toutes ses obligations [...] n'est pas de nature à dispenser la banque de l'exécution" de la contre-garantie. Il faut qu' "aucun doute" existe. D'éventuelles malfaçons laissent planer un doute. » Com. 10 janv. 1989, D. 1989.Somm.153, obs. Vasseur (nous soulignons).

Com. 18 déc. 1990: la cour de Versailles « s'était fondée sur une série de faits qui faisaient seulement apparaître l'existence d'un différend entre le maître d'ouvrage et le donneur d'ordre,³⁶⁵ »

pour qualifier d'abusif la garantie et la contre-garantie. C'était là méconnaître la rigueur de la garantie par rapport au contrat de base, selon les dires du professeur Vasseur.

Malgré que ce principe soit accepté par l'ensemble de la communauté juridique, il y a encore des tribunaux qui négligent d'appliquer ces règles élémentaires de droit. Nous ferons ici référence à un arrêt de la Cour d'appel de Paris, où la distinction entre un simple appel injustifié et un appel manifeste abusif ou frauduleux n'a pas été appliquée. Les commentaires du professeur Vasseur sont à cet égard très révélateurs quant à la grossière erreur commise par le juge qui avait enjoint la banque contre-garante à surseoir au paiement de la garantie:

« Mais c'est sans doute la première fois que, pour enjoindre à la banque de surseoir à tout règlement, le juge se fonde expressément et sans détour sur "un risque" de fraude, un soupçon de fraude [...]

Dans la référence à un soupçon de fraude, il y a une totale méconnaissance du régime juridique de la garantie indépendante, que la Cour d'appel a sanctionnée. Il ne suffit pas qu'un risque, un soupçon de fraude, existe ou encore que tout porte à croire à l'existence d'une telle fraude ou d'un tel abus. "Seule [juge la cour] l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste est susceptible de faire obstacle à l'exécution des engagements à première demande que la banque française contregarante a souscrits ..." La jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est formelle en ce sens. Elle exige que la fraude, l'abus, "crève les yeux". Son existence ainsi caractérisée ne peut être qu'exceptionnelle. »³⁶⁶

La distinction entre une demande injustifiée et celle qui est manifestement abusive ou frauduleuse constitue sans aucun doute la zone la plus ambiguë et la plus difficile à distinguer. Elle se résume en une différence qualitative qui découle, dans un cas comme dans l'autre, de la non-

³⁶⁵ Com. 18 déc. 1990, D. 1991. Somm. 198, obs. Vasseur (nous soulignons); la Chambre commerciale n'avait pas manqué de rappeler à la Cour d'appel de Versailles qu'elle avait méconnu l'indépendance entre les garanties et le contrat de base, en déduisant le caractère abusif de l'exécution ou de l'inexécution du contrat de base.

³⁶⁶ M. Vasseur, obs. sous, Paris 15 févr. 1989, D. 1989.Somm.158 (nous soulignons); la Cour de cassation (Com. 19 févr. 1991, D. 1991. Somm. 199, obs. Vasseur) a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait infirmé l'ordonnance de référé qui enjoignait la banque contre-garante à surseoir au paiement de la garantie. Le professeur Vasseur ne s'est pas gêné pour écorcher au passage le savant juge: « Tous les juges français n'ont pas encore compris ce qu'était la garantie autonome, indépendante, abstraite, substituée d'un dépôt d'espèce, d'or ou de valeur. » Paris, 15 févr. 1989, D. 1989. Somm. 158, obs. Vasseur.

réalisation du risque couvert³⁶⁷. La différenciation entre ces deux concepts trouve sa source directement dans l'autonomie de la garantie qui assure les fragiles intérêts des parties aux contrats.

Enfin, une demande de paiement injustifiée de la garantie, mais qui ne serait pas manifestement frauduleuse, contraindrait alors, le donneur d'ordre, à entreprendre des poursuites judiciaires, directement contre le bénéficiaire³⁶⁸. Le juge du fond aura alors à déterminer, en regard du droit applicable au contrat de base, si la mise en jeu de la garantie par le bénéficiaire était régulière mais également justifiée³⁶⁹.

Nous analyserons brièvement quelques une des situations ayant été invoqué, par le passé, avec plus ou moins de succès, à l'encontre du paiement de la garantie. Comme nous le constaterons, bon nombre de ces situations, ne permettent pas d'obtenir un arrêt de paiement, les demandes de paiement étant au mieux qualifiées d'injustifiées, mais non de frauduleuses.

La disparition du risque. Elle constitue une donnée importante dans l'évaluation de la pertinence de la demande de paiement. Bon nombre de facteurs doivent être pris en compte pour l'évaluer. Suivant l'analyse du droit en vigueur dans les juridictions à l'étude, soient celles du Canada, de la France, de la Grande-Bretagne et des États-Unis, nous constatons que la fraude du bénéficiaire constitue l'une (et peut-être la seule) défense recevable contre une demande de paiement. L'absence de droit au paiement de la garantie peut s'exprimer de diverses façons. La principale question est de définir quels types de faits, de comportements et de circonstances permettent d'établir le caractère frauduleux d'une demande de paiement et ainsi justifier une intervention judiciaire afin d'empêcher la banque d'effectuer le paiement de la garantie.

³⁶⁷ *Supra*, p. 13 : Section préliminaire sur la notion de risque.

³⁶⁸ *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, précité, note 331, 981 (L. Denning); Lord Denning ne pouvait pas s'exprimer plus clairement. Ayant statué que le donneur ne pouvait pas s'opposer au paiement de la garantie, l'honorable juge a conclu que la solution demeure la poursuite contre le bénéficiaire: *Seeing that the bank must pay, and will probably come down on the English suppliers on their counter-guarantee, it follows that the only remedy of the English suppliers is to sue the Libyan customers for damages.*

³⁶⁹ Il va sans dire qu'advenant le cas où le paiement aurait été non seulement injustifié, mais irrégulier, c'est-à-dire manifestement abusif ou frauduleux, la situation donne ouverture à un recours du donneur d'ordre directement contre le garant.

Erreur. Il est parfois invoqué, avec très peu de succès, qu'une erreur a été commise dans la conclusion du contrat principal et qu'en conséquence le bénéficiaire n'a pas droit au paiement de la garantie. Il peut aussi être soulevé que le contrat principal n'a pas été signé par un officier autorisé de la compagnie ou encore que le créancier a fait de fausses représentations au débiteur dans le cadre de la signature du contrat principal³⁷⁰. Plus récemment, l'erreur dans le contrat de garantie fut invoquée, avec succès, pour se soustraire à son application. L'erreur dans la conclusion du contrat de garantie a été soulevée à plusieurs reprises et particulièrement dans le cadre d'une affaire impliquant un non-commerçant à titre de donneur d'ordre. Il est ainsi invoqué que la nature véritable du contrat n'a pas été dévoilée et qu'en conséquence, il croyait signer un cautionnement et non une garantie bancaire³⁷¹.

Conditions préalables. Le non-respect des conditions préalables prévues au contrat principal de la part du créancier, pourrait être invoqué par le donneur d'ordre pour refuser le paiement. Il en va de même lors de la rupture du contrat principal de la part du créancier-bénéficiaire³⁷². Le donneur devra ainsi faire la preuve de cette condition préalable et qu'il n'est pas responsable de sa non-réalisation³⁷³.

Exécution du contrat. Lorsque le donneur d'ordre a complété sa part des obligations prévues au contrat principal, il pourra contester une demande de paiement de la part du bénéficiaire. La difficulté de cette défense réside dans la démonstration que ces obligations ont bel et bien été

³⁷⁰ R. F. BERTRAMS, *op. cit.*, note 7, pp. 303-304; *Cromwell v. Commerce & Energy Bank* 450 So. 2d 1 (La. Ct. App. 1984); *Brown v. United States National Bank*, 39 Bankr. 1003, 39 UCC Rep. Serv. (Callaghan) (Bankr. N.D. Tex. 1984).

³⁷¹ Il faut néanmoins souligner le revirement de la Cour de cassation qui a reconnu, dans son arrêt du 18 décembre 1990, l'obligation de prudence, de vigilance, ou de conseil imputé à la banque envers son client; Com. 18 déc. 1990, D. 1991. Somm.193, obs. Vasseur. Compte tenu de cette responsabilité, la banque aurait l'obligation de renseigner son client sur la nature véritable de la garantie et à tout le moins la distinguer avec le cautionnement.

³⁷² De façon générale, personne ne remet en doute qu'en vertu du principe de l'autonomie, même la nullité du contrat de base est théoriquement sans influence sur la garantie et la contre-garantie; Com, 20 déc. 1982, 2 arrêts, D. 1983.356, note Vasseur; 13 déc. 1983, D. 1984.420, note Vasseur.

³⁷³ La Cour d'appel avait retenu l'argument du donneur d'ordre qui invoquait une condition suspensive dont la défaillance incombait au bénéficiaire. Néanmoins, la décision n'a pas reçu l'assentiment de la Cour de cassation qui réaffirma le principe de l'indépendance de la garantie par rapport au contrat de base. Paris, 17 janv. 1983, D. 1983. i.r. 303; Com, 17 oct. 1984, D. 1985.J.269, note Vasseur.

exécutées. Advenant que le bénéficiaire ait fait défaut d'effectuer un paiement intérimaire prévu au contrat principal, le donneur d'ordre pourrait, par exemple, soulever cet argument dans sa défense pour empêcher que le paiement de la garantie ne soit effectué³⁷⁴. Il devra ainsi prouver que le défaut précédemment mentionné, avait pour conséquence de le libérer de sa propre obligation. Par contre, cette preuve s'avère être l'une des plus difficiles à faire³⁷⁵.

Rupture de contrat. Les cours de justices ont reconnu que lorsque le bénéficiaire n'avait pas respecté ou avait rompu ses obligations prévues au contrat principal, il n'était pas autorisé à demander le paiement de la garantie. Cela est également vrai advenant que le donneur d'ordre n'ait pas complété ses propres obligations à la suite de la rupture par le bénéficiaire de ses obligations³⁷⁶, ou encore qu'il ait rendu impossible l'exécution du contrat par le donneur

³⁷⁴ Plusieurs décisions ont pris en compte cette situation pour interdire le paiement de la garantie. Un bon exemple constitue sans aucun doute une des affaires dites iraniennes entendu par la Cour de cassation, soit l'arrêt du 10 juin 1986. Tel que mentionné à la p. 113, la Cour a sanctionné le comportement du bénéficiaire qui a usé de son droit découlant de la garantie de manière abusive en sollicitant une couverture manifestement indue pour un risque dont il avait déjà été libéré; Com. 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117; D. 1987.17, note Vasseur

³⁷⁵ Com. 21 mai 1985, D. 1986.216, note Vasseur. La Cour de cassation a, le 10 janvier 1989, rendu un « arrêt intéressant [selon les propos du professeur Vasseur] relativement à ce qu'il ne dit pas, mais dont il fait état ». Nous nous référerons donc aux commentaires du professeur Vasseur pour en tirer un enseignement:

« La Chambre commerciale déclare en outre faire abstraction des autres motifs critiqués par le moyen et par conséquent de celui tiré de ce que la Cour aurait fait état de malfaçons éventuellement apparues après l'établissement du certificat de conformité. Mais c'est le lieu de rappeler que, si elle avait entendu connaître de ce motif, la Chambre commerciale aurait vraisemblablement rappelé sa jurisprudence *Fechez* (Com. 21 mai 1985, D. 1986.213, note Vasseur), selon laquelle "le fait même apparemment établi que (le donneur d'ordre) a rempli toutes ses obligations[...] n'est pas de nature à dispenser la banque de l'exécution" de la contre-garantie. Il faut qu'"aucun doute" existe. D'éventuelles malfaçons laissent planer un doute. » Com. 10 janv. 1989, D. 1989. Somm.153, obs. Vasseur.

Dans un arrêt du 18 décembre 1990, la Cour de cassation a rejeté la qualification d'abus manifeste retenue par la cour de Versailles [CA], considérant que la bonne exécution du contrat de base demeurait contestée. Il y a lieu de préciser que la cour de Versailles [CA] « s'était fondée sur une série de faits qui faisaient seulement apparaître l'existence d'un différend entre le maître d'ouvrage et le donneur d'ordre et cela, alors qu'elle-même avait relevé que la raison invoquée pour appeler la garantie et tenant à la non-terminaison des travaux avait un caractère équivoque. » Com. 18 déc. 1990, D. 1991.Somm.198, obs. Vasseur.

³⁷⁶ D'une façon générale, on peut classer les décisions ayant accepté ce type d'argument en deux groupes, soit les affaires iraniennes dans les années quatre-vingt et les affaires irakiennes dans les années quatre-vingt-dix. Paris, 27 juin 1988, D. 1989.Somm.151: « Est abusif, sinon frauduleux, l'appel de la garantie de bonne exécution d'un marché de fourniture par l'acheteur qui a décidé unilatéralement de ne pas exécuter le contrat. » Dans le même sens, la Cour de cassation a reconnu le caractère frauduleux d'une demande, lorsque le bénéficiaire d'une garantie, émise pour couvrir le paiement du prix des billets de spectacle, « alors que l'imminence de l'annulation du spectacle était notoire ». Com. 12 janv. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 1; *Eliau and Rabbath v. Matsas and Matsas*, [1966] 2 Lloyd's L.R. 495;

d'ordre³⁷⁷. Puisque le bénéficiaire n'a pas droit au paiement de la garantie, une telle demande de sa part sera considérée comme frauduleuse. Évidemment, le défaut reproché au bénéficiaire doit être suffisamment grave, pour qu'il puisse justifier un refus de paiement de la garantie³⁷⁸. L'annulation ou la résiliation du contrat principal, par l'une ou l'autre des parties au contrat, n'est pas un élément déterminant en soi, pour ce qui est d'établir si la demande de paiement de la garantie de la part du bénéficiaire est frauduleuse ou non³⁷⁹. Il constitue néanmoins un indice important.

Force majeure. La défense de force majeure, pour justifier un refus de paiement de la garantie, a rarement été acceptée par les cours de justice. Pour ce faire, le donneur d'ordre doit prouver que

³⁷⁷ Com. 11 déc. 1985, D. 1986.213; à la suite des événements de 1979 en Iran, les bénéficiaires, en l'occurrence les autorités iraniennes, sous le couvert d'une société, ont mis le donneur d'ordre dans l'impossibilité de poursuivre les travaux. Dans ces conditions, l'appel de la garantie était « une opération frauduleuse dont l'objet était de faire supporter par [le donneur d'ordre] la S.A.E. la charge du financement de la société fictive S.A.E.-Iran ». *Rockwell Internat. Systems v. Citibank*, 719 F.2d 583 (2d. Cir. 1983). Dans le cas particulier où le bénéficiaire est en défaut de procurer au donneur d'ordre une lettre de crédit au titre de son engagement pour le paiement des services ou des biens en cause, la rigueur de l'autonomie rend difficile l'obtention d'une défense de paiement. À cet égard, l'arrêt type est sans contredit *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, précité, note 331, 981 (L. Denning):

On the facts so far known, it appears that the English suppliers [le donneur d'ordre] had not been in default at all. He has not shipped the goods because he has not been paid. The Libyan customers has not provided the confirmed letter of credit. It is still open to the Libyan customers to make some allegation of default against the English supplier, as for instance not doing the preliminary work or not being ready and willing, and on that allegation to claim payment under the performance guarantee. On that request being made, payment will be made by the banks down the line, and be made by them "on demand without proof or conditions".

[...] So long the Libyan customers make an honest demand, the banks are bound to pay and the banks will rarely, if ever not be able to prove it to be dishonest. So they will pay.

The bank must honour its bond.

³⁷⁸ Les deux décisions suivantes sont de bons exemples de situations ayant permis aux tribunaux d'annuler l'obligation de paiement de la garantie par suite du bris de contrat de la part du bénéficiaire: *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, précité, note 329, 631. Tel que mentionné à la page 110, le bénéficiaire avait livré de l'équipement sans valeur et de la pacotille, de la marchandise qui n'était donc pas conforme à celle prévue au contrat de base. *United Bank Ltd v. Cambridge Sporting Goods Corp.*, précité, note 341, 943. Ici le vendeur avait expédié de vieux gants boxe non rembourrés, déchirés et moisiss au lieu des neufs que le client avait demandés. On soulignera également l'affaire de la Cour de cassation du 17 octobre 1984, où le Tribunal de commerce et la Cour d'appel avaient rejeté la demande de paiement, considérant le manquement du bénéficiaire à l'une des obligations du contrat. La Cour de cassation est toutefois arrivée à la conclusion que « l'inexécution fautive de ses obligations par le maître d'ouvrage est sans influence aucune sur l'efficacité de la garantie ». Com. 17 oct. 1984, D. 1985.269, note Vasseur.

³⁷⁹ Com. 13 déc. 1983, D. 1984.420.

l'événement en cause constitue une force majeure. Néanmoins, cet événement doit être clairement exclu des risques traditionnels attribués au commerce international³⁸⁰.

Ordre public international. Advenant la situation où le contrat principal serait illégal, parce qu'il contreviendrait à l'ordre public international, le bénéficiaire de la garantie ne pourrait pas valablement demander le paiement de la garantie³⁸¹.

Demande de paiement exagérée. Le bénéficiaire pourra se voir refuser une demande de paiement de la garantie, si le donneur d'ordre démontre que la somme réclamée est nettement exagérée, et ce, malgré qu'il ait droit, selon les termes de la garantie, au plein montant du contrat principal³⁸². La demande de paiement du bénéficiaire pourrait également lui être refusée advenant que le donneur d'ordre ait une demande reconventionnelle à faire valoir contre le bénéficiaire, pour un montant égal ou supérieur à la demande de paiement présentée par le bénéficiaire³⁸³. Cette preuve devra par contre être clairement établie.

380 Trois décisions américaines témoignent de cette difficulté. Ainsi, les tribunaux américains ont statué que la révolution iranienne était un risque politique inhérent au commerce international et ne constituait donc pas, en soit, un motif suffisant permettant de qualifier les demandes de paiement comme étant frauduleuses; *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, précité, note 316; *American Bell Int. v. Islamic Republic of Iran*, 474 F. Supp. 420 (S.D.N.Y. 1979); *United Technologies Corp. v. Citibank*, 469 F. Supp. 473 (S.D.N.Y. 1979). Les tribunaux américains ont néanmoins reconnu la défense de fraude dans les décisions suivantes: *Itek v. First National Bank*, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981), 730 F.2d. 19 (1st. Cir. 1984); *Touch Ross v. Manufacturers Hanover*, 449 N.Y.S. 2d. 125 (N.Y. App. Div. 1982); *Harris Corp. v. Nat. Iranian Radio and Television*, 691 F.2d 1344 (11th Cir. 1982); *Rockwell Int. Systems v. Citibank*, 719 F.2d 583 (2d. Cir. 1983). Il y a lieu de noter que dans les affaires précédemment mentionnées, les contrats de base contenaient tous une clause de force majeure qui permettait au donneur de terminer l'exécution des travaux ultérieurement. Sans prétendre que ces dites clauses ont permis au tribunal de justifier une défense de paiement, elles constituent une particularité intéressante quant aux motifs qui ont motivé les tribunaux à accorder une requête en injonction.

381 Il est plutôt rare que cet argument soit soulevé. La Chambre des Lord l'a pourtant reconnu et a imposé un refus de paiement au bénéficiaire qui contrevenait à l'ordre public monétaire, en procédant à une exportation interdite de devise; *United City Merchants Ltd. v. Royal Bank of Canada*, précité, note 116, 720.

382 Paris, 19 mai 1988, D. 1989.Somm.146, obs. Vasseur.

383 Com. 10 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 117; D. 1987.17, note Vasseur; Paris, 17 juin 1987, D. 1988.Somm.245, obs. Vasseur.

3. Preuve du caractère manifestement abusif ou frauduleux

Il est de la responsabilité du donneur d'ordre de prouver que l'appel de la garantie est manifestement abusif ou frauduleux³⁸⁴. La qualité ou le niveau de la preuve exigé a évolué aux fils des années. On peut aussi remarquer certaines variantes selon les différentes juridictions.

D'une façon générale on peut affirmer que l'existence d'un abus ou d'une fraude manifeste doit pouvoir être décelé *a priori*, lorsque le droit qui lui sert de fondement est exercé. Sera ainsi illicite, l'appel de la garantie qui apparaît, au vu des seules conditions dans lesquelles il est perpétré, comme étant manifestement frauduleux ou abusif. Le vice devra apparaître *prima facie* comme absolument évident; les prémisses objectives d'un paiement faisant dès l'origine absolument défaut.

Les tribunaux anglais sont certainement les plus exigeants face à la question de la fraude et de sa preuve. Le problème a été soulevé pour la première fois dans l'affaire *Hamzeh Malas & Sons v. British Imex Industries Ltd.*³⁸⁵. Cette décision démontre sans ambiguïté la réticence de la Cour à intervenir dans le mécanisme de la lettre de crédit³⁸⁶. En *obiter*, le juge Sellers a toutefois ouvert la porte à l'exception de fraude en mentionnant qu'il pourrait y avoir des causes où la Cour exercerait sa juridiction, lorsqu'il s'agit de transactions frauduleuses, par exemple.

Plusieurs jugements subséquents ont repris le même discours en servant des avertissements répétés contre des interventions injustifiées. Ainsi, dans l'affaire *Discount Records*, dans laquelle l'acheteur tentait d'obtenir une injonction aux motifs que la qualité des biens expédiés était

³⁸⁴ Le contre-garant peut également avoir intérêt à prouver que la demande de paiement était frauduleuse, et que le garant en était conscient. Ce faisant, il pourrait se dégager de sa responsabilité de payer la contre-garantie. Le donneur d'ordre étant celui qui doit supporter en dernier ressort la conséquence du paiement de la garantie ou de la contre-garantie frauduleuse, il en découle qu'il lui revient la responsabilité de faire stopper le paiement de la garantie ou de la contre-garantie selon le cas. Cet aspect sera abordé dans la prochaine section.

³⁸⁵ [1985] 2 Q.B. 127.

³⁸⁶ *We have been referred to a number of authorities, and it seems to be plain enough that the opening of a confirmed letter of credit constitutes a bargain between the banker and the vendor of the goods, which imposes upon the banker an absolute obligation to pay, irrespective of any dispute there may be between the parties as to whether the goods are up to contract or not. An elaborate commercial system has been built up on the footing that bankers' confirmed credits are of that character, and, in my judgement, it would be wrong for this court in the present case to interfere with that established practice; id. p. 129.*

inférieure à celle convenue, que les biens étaient défectueux et que les numéros de série avaient été altérés, la requête a été rejetée. Il s'agit en fait d'une des premières causes, faisant suite à l'arrêt *Sztejn*, spécifiant que pour accorder une injonction contre le paiement d'un crédit documentaire, il fallait plus qu'une simple allégation de fraude (*alleged fraud*) mais cela exigeait plutôt la preuve d'une fraude évidente (*established fraud*).

Une situation comparable s'est produite dans l'affaire *R.D. Harbottle*³⁸⁷ impliquant la vente de biens par le requérant anglais à un acheteur égyptien. Selon l'entente commerciale, le requérant, R.D. Harbottle a constitué une garantie à première demande en faveur de l'acheteur afin d'assurer la réalisation de ses obligations en vertu du contrat. La garantie fut émise par une banque anglaise en faveur d'une banque égyptienne qui a elle-même la confirmée à l'acheteur. Les acheteurs égyptiens pour leur part devaient payer par lettre de crédits. Dans le cadre de leur relation d'affaire, le bénéficiaire a requis du donneur d'ordre, une prorogation de la dite garantie. Suivant son refus, le bénéficiaire égyptien procéda à l'appel de la garantie. Le donneur d'ordre entreprit des procédures d'injonctions envers la première et seconde banque visant à obtenir un arrêt de paiement. En plus, il a requis de la Cour une interdiction de procéder à la demande de paiement de la garantie de la part du bénéficiaire. Le requérant vendeur invoquant qu'il s'agissait d'une demande de paiement frauduleuse. La Cour refusa, jugeant que le défaut de l'acheteur égyptien de ne pas avoir émis une lettre de crédit pour couvrir le prix d'achat des biens prévus au contrat de base, ne constituait pas une faute établie. Pour le tribunal, il s'agissait simplement d'un risque inhérent au commerce international. Le juge Kerr résume bien la position des tribunaux britanniques:

I cannot accept any of these submissions. First, this is not a case of an established fraud at all. The plaintiffs may well be right in contending that the buyers have no contractual right to payment of any part, let alone the whole, of the guarantee in any of these cases. [...] But all these issues turn on contractual disputes. They are a long way from the fraud, let alone established fraud. [...] It is only in exceptional cases that the court will interfere with the machinery of irrevocable obligations assumed by banks. [...] Except possibly in clear cases of fraud of which the banks have notice, the court will leave the

³⁸⁷ *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. et al. v. National Westminster Bank Ltd. et al.*, précité, note 28, 862 (juge Kerr).

*merchants to settle their disputes under the contracts by litigation or arbitration as available to them or stipulated in the contracts.*³⁸⁸.

Ce nouveau critère a ensuite été reconnu par de nombreux arrêts dont l'affaire *Edward Owen Engineering*³⁸⁹, *Bolivinter Oil*³⁹⁰ et *United Trading Corporation*³⁹¹. Dans cette dernière affaire anglaise, concernant un *performance bond*, le juge Ackner confirma clairement la position de la Cour:

*The evidence of fraud must be clear, both as to the fact of fraud and as to the bank's knowledge. The mere assertion or allegation of fraud would not be sufficient*³⁹².

Sur la question de la connaissance de la banque, l'honorable juge précise:
*It seems to us clear that, where payment has in fact been made, the bank's knowledge that the demand made by the beneficiary on the performance bond was fraudulent must exist prior to the actual payment to the beneficiary and that its knowledge at that date must be proved. Accordingly, if all a plaintiff can establish such knowledge after payment, then he has failed to establish his cause of action. The bank would not have been in breach of any duty in making the payment without the requisite knowledge*³⁹³.

En résumé, il apparaît que les tribunaux britanniques admettent la possibilité que soit émise une injonction empêchant le paiement d'une garantie bancaire ou lettre de crédit ou *performance bond*, dans le cadre d'une transaction frauduleuse. Cependant, prétextant l'importance du mécanisme de ces instruments juridico-financiers et le risque inhérent d'en altérer la fiabilité par des ingérences répétées de la part des tribunaux, une tendance évidente les amène à tout faire pour éviter d'intervenir³⁹⁴.

³⁸⁸ *Id.*, p. 761 (Kerr J.).

³⁸⁹ *Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd.*, précité, note 331, 981 (L. Denning).

³⁹⁰ *[T]he wholly exceptional case where an injunction may be granted is where it is proved that the banks knows that any demand for payment already made or which may thereafter be made will clearly be fraudulent. But the evidence must be clear, both as to the fact of fraud as to the bank's knowledge. It would certainly not normally be sufficient that this rests upon the uncorroborated statement of the customer, for irreparable damage can be done to a bank's credit in the relatively brief time which must elapse between the granting of such an injunction and an application by the bank to have it discharge. Bolivinter Oil v. Chase Manhattan Bank N.A. [1984] 1 W.L.R. 392, 393.*

³⁹¹ *United Trading Corporation S.A. v. Allied Arab Bank Ltd*, précité, note 29, 554, 561.

³⁹² *Id.*, 561.

³⁹³ *Id.*, 560.

³⁹⁴ Comme nous le verrons dans les prochains paragraphes, cette tendance a reçu écho dans plusieurs autres systèmes judiciaires tels que ceux du Canada et des États-Unis. Le juge Le Dain exprime clairement la problématique qui s'en dégage: « Les différences d'opinion ou l'importance donnée à ces questions,

Le juge Shientag de la Cour suprême de l'État de New York, fut certainement le précurseur américain à reconnaître la fraude à titre de dérogation à l'exception à la règle de l'inopposabilité des exceptions du crédit documentaire. Le juge établit d'abord, dans l'affaire *Sztejn*, les conditions applicables à l'obtention d'un arrêt de paiement. La banque doit avoir été avisée du caractère frauduleux de la demande de paiement avant qu'elle ne procède au paiement. La fraude se doit d'être établie par le donneur d'ordre et une simple allégation n'est pas suffisante. Enfin, la fraude doit porter sur l'aspect matériel des documents présentés. Même après l'entrée en vigueur du *UCC*, les tribunaux américains ont toujours semblé suivre le raisonnement de l'affaire *Sztejn* et l'appliquer le mieux possible, tant aux lettres de crédit qu'aux lettres de crédits stand-by.

Aux États-Unis, la preuve de la fraude doit être quelque peu nuancée. Les arrêts-clés sur la question sont sans contredit les suivants: *KMW International*, *American Bell Int.*, *United Technologies Corp.*, *Itek*, *Touch Ross*, *Harris Corp*, *Rockwell Int. Systems*, *Intraworld Industries*, *Dynamics Corp*. Tel que soulevé par le codificateur du *UCC*, l'affaire *Ground Air Transfer v. Westate's Airlines, Inc.*, résume les exigences développées au fil des années par les tribunaux américains:

The exception, as we also explained in Itek, [...] concerns 'fraud' so serious as to make it obviously pointless and unjust, to permit the beneficiary to obtain the money. Where the circumstances 'plainly' show that the underlying contract forbids the beneficiary to call a letter of credit, Itek [...]; where they show that the contract deprives the beneficiary of even a 'colorable right' to do so, Id. [...]; where the contract and circumstances reveal that the beneficiary's demand for payment has 'absolutely no basis in fact' Id. [...]; see Dynamics Corp. of America [...]; where the beneficiary's conduct has 'so vitiated the entire transaction that the legitimate purposes of the independence of the issuer's obligation would no longer be served', Itek [...] (quoting Roman Ceramics Corp. v.

particulièrement le genre de fraude et la preuve nécessaire, font ressortir la tension qui existe entre les deux considérations de principe majeures: l'importance pour le commerce international de conserver le principe de l'autonomie des crédits documentaires et le rôle limité de la banque émettrice dans l'application de ce principe et l'importance de décourager ou de supprimer la fraude dans les opérations en matière de lettre de crédit. La portée potentielle de l'exception de fraude ne doit servir à créer une incertitude et un manque de confiance graves dans le fonctionnement d'opérations par lettres de crédit et, en même temps, l'application du principe de l'autonomie ne doit servir à encourager ou à faciliter la fraude dans les opérations. » *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, précité, note 62, p. 72. Du côté américain on peut citer l'affaire *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, précité, note 316, qui parle de *commercial honor is essentially at stake* et *American Bell Int. v. Islamic Republic of Iran*, 474 F. Supp. 420 (S.D.N.Y. 1979) qui parle de *loss of credibility in the international banking community*.

*Peoples National Bank, 714 F.2d at 1207, 1212 n.12, 1215 (3d Cir. 1983) (quoting Intraworld Indus.); then a court may enjoin payment.*³⁹⁵

Du côté français, la fraude et l'abus se doivent d'être manifestes pour que les tribunaux acceptent de donner suite à une demande d'arrêt de paiement. Une simple allégation de fraude de la part du donneur d'ordre n'est pas suffisante. La fraude doit être évidente et sans équivoque: elle doit crever les yeux et dans le cas contraire, les tribunaux français s'opposent à stopper le paiement de la garantie³⁹⁶.

Au Canada, depuis l'affaire *Angelica Whitewear*, la tendance observée semble bel et bien avoir été confirmée³⁹⁷. À l'exception de l'affaire *Lumcorp* dans laquelle le juge Aranovich exigeait [for]

³⁹⁵ *Ground Air Transfer v. Westate's Airlines Inc.*, 899 F.2b 1269, 1272-73 (1st Cir.1990).

³⁹⁶ Com. 21 mai 1985, D. 1986.216, note Vasseur. Dans le même sens: Com. 10 janv. 1989, D. 1989.Somm.153, obs. Vasseur. La Cour de cassation a, le 10 janvier 1989, rendu un « arrêt intéressant [selon les propos du professeur Vasseur] relativement à ce qu'il ne dit pas, mais dont il fait état ». Nous nous référerons donc aux commentaires du professeur Vasseur pour en tirer un enseignement: « La Chambre commerciale déclare en outre faire abstraction des autres motifs critiqués par le moyen et par conséquent de celui tiré de ce que la Cour aurait fait état de malversations éventuellement apparues après l'établissement du certificat de conformité. Mais c'est le lieu de rappeler que, si elle avait entendu connaître de ce motif, la Chambre commerciale aurait vraisemblablement rappelé sa jurisprudence *Fechez* (Com. 21 mai 1985, D. 1986.213, note Vasseur), selon laquelle "le fait même apparemment établi que (le donneur d'ordre) a rempli toutes ses obligations [...] n'est pas de nature à dispenser la banque de l'exécution" de la contre-garantie. Il faut qu' "aucun doute" existe. D'éventuelles malversations laissent planer un doute. » Com. 10 janv. 1989, D. 1989.Somm.153, obs. Vasseur (nous soulignons).

« Mais c'est sans doute la première fois que, pour enjoindre à la banque de surseoir à tout règlement, le juge se fonde expressément et sans détour sur "un risque" de fraude, un soupçon de fraude [...]

Dans la référence à un soupçon de fraude, il y a une totale méconnaissance du régime juridique de la garantie indépendante, que la Cour d'appel a sanctionnée. Il ne suffit pas qu'un risque, un soupçon de fraude, existe ou encore que tout porte à croire à l'existence d'une telle fraude ou d'un tel abus. "Seule [juge la cour] l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste est susceptible de faire obstacle à l'exécution des engagements à première demande que la banque française contre-garante a souscrits ..." La jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est formelle en ce sens. Elle exige que la fraude, l'abus, "crève les yeux". Son existence ainsi caractérisée ne peut être qu'exceptionnelle. » ;M. Vasseur, obs. sous, Paris 15 févr. 1989, D. 1989.Somm.158 (nous soulignons)

La Cour de cassation (Com. 19 févr. 1991, D. 1991. Somm. 199, obs. Vasseur) a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait infirmé l'ordonnance de référé qui enjoignait la banque contre-garante à surseoir au paiement de la garantie. Le professeur Vasseur ne s'est pas gêné pour écorcher au passage le savant juge: « Tous les juges français n'ont pas encore compris ce qu'était la garantie autonome, indépendante, abstraite, substituée d'un dépôt d'espèce, d'or ou de valeur. » Paris, 15 févr. 1989, D. 1989. Somm. 158, obs. Vasseur.

³⁹⁷ C'est également ce que le Macerola a réitéré dans l'affaire *Goody Goody Clothing International c. Five Star Knitters*, 29 juillet 1991, 500-05-017525-906 (C.S.).

*the court to interfere, the fraud must be obvious [...]*³⁹⁸, les tribunaux ont assoupli quelque peu l'exigence de fraude dans le cadre des recours visant à empêcher la réalisation de la garantie. Le juge Galligan fut le pionnier en la matière, en retenant, dans l'affaire *C.D.N. Research*³⁹⁹, le critère de *strong prima facie case of fraud*. C'est donc la preuve *prima facie* de la fraude du bénéficiaire qui est retenue au stade de l'injonction interlocutoire. Dans un arrêt de la *High Court of justice of Ontario* le juge Craig a clairement indiqué le principe appliqué en matière de preuve dans le cadre d'une procédure interlocutoire:

*In C.D.N. Research & Development Ltd , [...] Galligan J. appears to equate a good or strong " prima facia" case of fraud on a interlocutory application with " establish fraud", [...] I agree with Galligan J. In my opinion it is not logical to refer to " established fraud" or " clear fraud" on an interlocutory motion where the Court has not seen or heard the parties*⁴⁰⁰.

Le juge Le Dain confirme cette approche:

« Une solide preuve *prima facie* de fraude semble constituer un critère satisfaisant dans le cadre d'une demande d'injonction interlocutoire. »

Et en ce qui concerne la connaissance du garant, suivant la demande de paiement, il souscrit à la position anglaise:

« Toutefois lorsqu'une demande de la sorte [injonction interlocutoire] n'est pas présentée et que la banque émettrice a dû exercer son propre jugement pour savoir si elle devait honorer une traite, le critère à mon avis devrait être celui de *Edward Owen Engineering* - savoir si la fraude a été établie à la connaissance de la banque émettrice avant le paiement de la traite de manière à rendre l'acte frauduleux clair et évident aux yeux de la banque [*to make the fraud clear and obvious to the bank*].

[...] C'est seulement lorsque la fraude est apparente dans les documents ou lorsque la fraude a été apportée à son attention par son client ou par un tiers intéressé que la banque doit décider si la fraude a été suffisamment établie pour qu'elle refuse le paiement. »⁴⁰¹

Le niveau de preuve exigé est très élevé et les éléments de preuve requis devront être clairs, (*liquid*). Le donneur d'ordre devra démontrer une preuve *prima facie* qu'il subira un dommage

³⁹⁸ *Lumcorp Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, précité, note 71, 995.

³⁹⁹ *C.D.N. Research & Development Ltd v. Bank of Nova Scotia*, (1980) 18 C.P.C. 62 (Ont. H.C.).

⁴⁰⁰ *Rosen v. Pullen*, 126 D.L.R. (3d.) 62, p. 68.

⁴⁰¹ *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd*, précité, note 62, pp. 84 et 88.

irréparable sans l'obtention de ce remède. Les éléments soulevés pour tenter de prouver une défense de fraude seront aussi analysés en rapport avec la relation d'affaire qui existe entre les parties au contrat principal.

Les cours anglaises ont pris la position la plus stricte quant à la notion de fraude et quant à la preuve exigée pour que la Cour puisse justifier un refus de paiement. Cette preuve est d'autant plus difficile à démontrer que ces cours exigent, dans le cadre de la garantie directe, que la fraude du bénéficiaire ait été connue de la banque ou qu'elle aurait dû être connue de la banque.

Les décisions émanant des cours françaises sont moins claires sur la question. Dans bon nombre de décisions, elles sont plutôt vagues quant aux degrés de preuve requis et les raisonnements à l'appui de leur décisions ne sont pas uniformes.

Les tribunaux américains ont retenu des éléments de preuve différents des autres pays. La grande différence demeure dans les critères que les Américains ont retenus pour accorder une injonction interlocutoire. Ils ont plutôt employé des critères généraux applicables à toute injonction interlocutoire, tels que la balance des inconvénients, les dommages irréparables, de même que l'intérêt public.

Le donneur d'ordre qui désire se soustraire à l'exécution de la garantie devra, comme nous le verrons dans les prochains paragraphes, entreprendre des procédures judiciaires pour empêcher la banque d'effectuer le paiement de la garantie. Le titulaire tentera ainsi de démontrer à la Cour que la demande de paiement est frauduleuse. Nous signalerons que cette défense est rarement plaidée avec succès.

B. Moyens mis en œuvre pour s'opposer au paiement

Le principe de la garantie à demande, soit payer d'abord et argumenter ensuite, se trouve limité par la défense de fraude. La défense de fraude est invoquée à l'encontre d'une demande de

paiement qui, selon le donneur d'ordre, n'est pas conforme aux termes et conditions de la garantie. Le donneur d'ordre pourrait l'invoquer avant ou après le paiement de la garantie. Ainsi, si les faits invoqués sont clairement prouvés, le donneur d'ordre bloquera le paiement de la somme garantie. Il aura alors fait la preuve que le bénéficiaire n'avait pas droit au paiement de la garantie. La preuve, dans une défense de fraude, consiste essentiellement à prouver les faits invoqués à l'appui de la défense ou de la procédure utilisée, telle une injonction ou toute autre procédure pertinente. Cette preuve sera laissée à l'appréciation de la Cour.

Une fois établie, la fraude du bénéficiaire ouvre théoriquement la porte à un certain nombre de recours légaux pour le donneur d'ordre. Le choix du recours sera nuancé selon le moment où la fraude est décelée. L'exécution des recours avant paiement est sans contredit la plus avantageuse pour le donneur d'ordre. Tel que mentionné par le *Galligan* dans l'affaire *C.D.N. Research & Development Ltd*⁴⁰², dans le cadre d'une transaction internationale il s'avère plutôt illusoire de penser récupérer des sommes versées à un cocontractant étranger et qui au surplus est malhonnête. Nous nous attarderons donc dans un premier temps au recours avant paiement et dans une seconde étape à celui après paiement.

La première étape pour le donneur d'ordre est d'informer le garant et le contre-garant de la nature frauduleuse de la demande de paiement de la part du bénéficiaire et des faits soutenant sa prétention. Cette phase initiale 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.

402 Si la banque n'était pas empêchée d'effectuer le paiement de la lettre de crédit stand-by en faveur du ministère de la guerre iranien (l'acheteur d'équipement d'incendie canadien) il serait alors impossible que le litige opposant les deux parties puisse être résolu. Considérant le chambardement qui prévalait en Iran à cette époque, il ne fallait espérer, après que le ministre iranien ait reçu l'argent, qu'il réponde au processus judiciaire d'une cour canadienne. Cependant, si le paiement était arrêté, le ministre serait beaucoup plus enclin à participer audit procès afin de faire obtenir son dû en vertu de la lettre de crédit stand-by. *C.D.N. Research & Development Ltd v. Bank of Nova Scotia*, précité, note 399, 65-66.

La seconde étape consistera en des procédures judiciaires. Le donneur d'ordre devra convaincre le tribunal de la nature frauduleuse de la demande de paiement et, de surcroît, stopper le paiement de la garantie. À ce stade, deux recours s'offrent au donneur d'ordre: l'injonction et la saisie avant jugement.

1. Injonction

De façon générale, l'injonction demeure la procédure la plus couramment utilisée et probablement la plus appropriée afin d'empêcher la banque de procéder au paiement de la garantie.

D'origine anglaise, elle est depuis longtemps reconnue en droit civil québécois et intégrée au Code de procédure civile⁴⁰³. L'injonction sera soit provisoire, interlocutoire, ou permanente. La première est une mesure judiciaire, discrétionnaire, émise pour des fins conservatoires, dans une situation d'urgence, pour durée n'exédant pas 10 jours, pouvant être renouvelé au besoin. La seconde vise à empêcher la dégradation des droits de l'une des parties en cours de l'instance et la troisième, intégrée à l'action finale, met un terme de manière irréversible à une situation litigieuse lorsque le jugement final est rendu.

Bien que nos observations porteront sur l'injonction interlocutoire, compte tenu qu'elle est plus fréquemment utilisée dans le cadre des garanties bancaires et des lettres de crédit, nous devons de mentionner que dans le cadre de procédures d'injonctions interlocutoire, il est maintenant possible d'obtenir une ordonnance de sauvegarde au terme de l'art. 754.2 C.p.c. L'ordonnance de sauvegarde participe de l'injonction provisoire en ce qu'elle constitue une mesure discrétionnaire temporaire émise en l'absence de présentation de preuve complète. Toutefois, elle se distingue de l'injonction provisoire en ce qu'elle n'est pas limitée dans la durée de ses effets.

Pour obtenir une injonction, trois conditions sont nécessaires. Le requérant doit d'abord établir la qualité apparente du droit qu'il invoque. En d'autres mots, il doit faire une forte preuve

⁴⁰³ Art. 751 et s. C.p.c.

prima facie de la fraude et de la connaissance du garant, selon les critères précédemment mentionnés. En deuxième lieu, il doit faire la preuve du caractère irréparable des dommages qu'il subira si l'injonction ne lui est pas accordée. Il doit ainsi démontrer que l'octroi d'une injonction est essentiel en vue d'éviter des dommages que le jugement final ne parviendrait pas à compenser.

En dernier lieu, il doit établir que la balance des inconvénients lui est favorable, c'est-à-dire que c'est lui qui a le plus à perdre. Le tribunal doit alors répondre à une double question dans le cadre de son évaluation des inconvénients. Laquelle des deux parties subira le préjudice le plus important, advenant que le jugement final infirme la décision initiale du juge de première instance, concernant l'injonction interlocutoire ⁴⁰⁴. Enfin, s'il est démontré que le requérant dispose d'un recours plus approprié, tel qu'un recours en dommages et intérêts, sa requête en injonction risque fort de lui être refusée. Néanmoins, si d'autres recours sont disponibles, mais qu'ils n'offrent pas les garanties nécessaires à la protection des droits allégués, le tribunal sera plus enclin à lui accorder son injonction interlocutoire.

Quant aux conditions particulières applicables au cas de la garantie bancaire, nous nous référerons aux sections précédentes concernant les conditions d'application de l'exception de fraude et la preuve du caractère manifestement abusif ou frauduleux.

Une requête en injonction, et en particulier en injonction interlocutoire, peut s'avérer être une procédure efficace afin d'empêcher le bénéficiaire de procéder à une demande de paiement, ou d'en accepter le paiement, ou encore pour ordonner au bénéficiaire qu'il retire sa demande de paiement, pour le motif que cette demande, ou cette future demande, serait frauduleuse. Nous examinerons ainsi le recours direct contre le bénéficiaire et la banque, dans un contexte de garantie directe et de garantie indirecte.

⁴⁰⁴ À titre d'exemple, le Juge Waite a appliqué ce test dans l'affaire *Themehelp Ltd. v. West*, précité, note 46, 101: *If on the other hand, the buyers fail to establish fraud at trial, the sellers will be fully protected by the continuing rights under the guarantee which they will then be free to enforce; and if it be found that they have suffered any damage as a result of having to delay enforcement, that will be covered by the buyers' undertaking in damages.*

Ce principe a récemment été reconnu dans l'affaire *Themehelp Ltd. v. West*⁴⁰⁵ de la Cour d'appel anglaise. Dans cette affaire, le requérant avait fait l'acquisition de l'entreprise de l'intimé. Le paiement de la transaction était en partie garantie par une garantie bancaire, *a performance guarantee*. Invoquant la fraude et les fausses représentations quant à la valeur de l'entreprise en cause et plus particulièrement quant au volume d'affaire provenant du principale client de ladite entreprise, l'acheteur a intenté des procédures judiciaires en annulation de contrat de la vente d'entreprise et dommages et intérêts. L'aspect intéressant de cette affaire concerne un second recours entrepris par l'acheteur, qui requière du tribunal, une ordonnance interdisant au vendeur de procéder à la demande de paiement de la garantie bancaire, et ce, jusqu'à ce que la Cours ait statué sur le fond du litige. Il va s'en dire que l'acheteur n'était pas une des parties au contrat de la garantie bancaire.

À la majorité, la Cour a, dans cette affaire, accordé au donneur d'ordre une injonction contre le bénéficiaire, pour lui soustraire son droit à une demande de paiement d'une garantie bancaire (*performance guarantee*). Il s'agit en fait de la première décision accordant une injonction interlocutoire directement contre le bénéficiaire sans faire intervenir le garant à l'action.

Cette décision a soulevé tout un tollé dans la communauté juridique⁴⁰⁶. Il s'agit d'un accroc majeur à la position traditionnelle des tribunaux britanniques sur la question des contrats autonomes, tels que les lettres de crédit et les garanties bancaires. Bien que la majorité n'ait pas retenu le point de vue du juge Evans⁴⁰⁷, celui-ci soulève tout de même des questions qui

⁴⁰⁵ [1996] Q.B. 84.

⁴⁰⁶ Les titres des commentaires d'arrêts qui ont suivi ledit jugement sont en soi très révélateurs. Anthony PUGH-THOMAS, « Letters of Credit — Injunctions — The Purist and the Pragmatist: Can a buyer Bypass the Guarantor and Stop the Seller from Demanding Payment from the Guarantor? », [1996] 5 JIBL 210; Jonathan GOODLIFFE, « Court of Appeal Restrains the Making of a Demand on a Bond », [1995] 9 JIBL 405.

⁴⁰⁷ Le juge Evan, soulève que seule la preuve *prima facie* de la fraude, telle que reconnue par la jurisprudence britannique, permet d'accorder une injonction interlocutoire:

The sole exception is in a case of fraud, definite by Lord Diplock In United City Merchants Ltd. v. Royal Bank of Canada, [1982] 1 A.C. 168, 183: 'where the seller, for the purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representations of fact that to his knowledge are untrue'. United Trading v. Allied Arab Ltd., [1985] 2 Lloyd's Rep. 554 .

nécessiteront certainement des éclaircissements de la part de la *House of Lords*. Pour le juge dissident, le recours le plus approprié aurait certainement été celui de l'injonction *Mareva* .

Le juge Waite s'exprime ainsi concernant le recours du donneur d'ordre directement contre le bénéficiaire:

*In a case where fraud is raised as between the parties to the main transaction at an early stage, before any question of the enforcement of the guarantee, as between the beneficiary and the guarantor, has yet arisen at all, it does not seem to me that the slightest threat is involved to the autonomy of the performance guarantee if the beneficiary is enjoined from enforcing it in proceedings to which the guarantor is not a party.*⁴⁰⁸

Le test controversé⁴⁰⁹ du juge de première instance n'a pas été désapprouvé par la Cour d'appel:

The judge was entitled, in my judgement, to take all this [la relation sous-jacente au contrat de garantie] into account in reaching his conclusion that the buyers had satisfied the onus of showing, for the purposes of interlocutory relief, that they had an arguable case at trial that fraud was the only realistic inference, In his making of that appraisal I cannot discern any error of principle or misappreciation of the evidence on the judge's

[...] In these circumstances, the [bank] S.S.A. is and will remain binding on both parties. The buyers have taken over the business which they agreed to pay for in accordance with the terms. Those terms included procuring the bank guarantees which are now the subject matter of these interlocutory proceedings, though not of the action in which they arise. Unless the fraud exception applies, as to which finding has been made, the banks are liable to pay the sums due to the sellers under S.S.A. In my judgement, the buyers cannot prevent the sellers from recovering payment of the sum without themselves acting unlawfully and in breach of the S.S.A. itself. That is because they undertook that the sellers would have the benefit of the guarantees in accordance with its terms, yet they seek to resile from that undertaking. In my judgment, the court should not permit them to do so.

For these reasons, in my judgment, the injunction is contrary to legal principle and the appeal should be allowed. In summary, the two essential reasons are (i) the contract remains binding, even if the buyers' allegation that they were induced to enter into it by fraudulent misrepresentation by the sellers is sufficiently proved; and (ii) there is no finding or evidence that fraud exception defence will be available to the bank's, if payment is demanded under the guarantees. Notwithstanding the alleged fraud 'in relation to' the S.S.A., once the contract is affirmed or can no longer be avoided, the sellers are intitled to claim payment in accordance with its terms.

[...] Granting an injunction such as the present in these circumstances is also harmful, in my judgment, to the integrity of the banking system and the standards of commercial morality which the courts should uphold. Themehelp Ltd. v. West, précité, note 46, 102.

⁴⁰⁸ Themehelp Ltd. v. West, précité, note 46, 98-99.

⁴⁰⁹ *Has the plaintiff established that it is seriously arguable that on the material available the only reasonable inference is that the defendants were fraudulent in relation to the share sale agreement, the answer, in my judgment, is that the plaintiff has so established. I am not, of course, finally strenuously denying fraud, but it is, in my judgment, seriously arguable that on the material presently available fraud is the only reasonable inference. Themehelp Ltd. v. West, précité, note 46, 97.*

*part which would warrant interference by this court with a conclusion that seems to me to have been fully open to the court on the material at present available to it.*⁴¹⁰

Il faut également noter que le juge Balcombe a ajouté des éléments supplémentaires en réponse aux affirmations du juge dissident. Il a ainsi qualifié la fraude matérielle⁴¹¹ et a rejeté l'atteinte à la réputation des institutions financières et de la stabilité des transactions commerciales internationales⁴¹².

Recours conjoint contre la banque et le bénéficiaire. Pour augmenter ses chances de succès, afin d'obtenir un arrêt de paiement de la garantie, le donneur d'ordre devrait prendre un recours conjoint contre la banque et le bénéficiaire. Cette façon de faire a l'avantage de permettre au tribunal d'entendre la position de toutes les parties en cause. Advenant que la Cour déclare la demande de paiement frauduleuse, la banque ne pourra pas alors prétendre ne pas en avoir eu connaissance.

2. Injonction *Mareva*

Une nouvelle forme d'injonction a récemment été introduite par les tribunaux britanniques. Elle fut désignée sous le vocable d'injonction *Mareva*, à la suite d'une affaire portant sur un navire ayant comme nom *Mareva*, qui fut au centre d'un litige entre les propriétaires du navire et leur locataire⁴¹³. Ce nouveau recours s'apparente fort à la saisie avant jugement, sous une forme de procédure différente. Elle permet à son titulaire de bloquer les biens de l'intimé dans la juridiction saisie du litige, et ce, jusqu'à la tenue du procès.

⁴¹⁰ *Id.*, 100.

⁴¹¹ *It is clear that the level of Shinecrest' trade with Sony was a very material factor in relation to the share sale agreement. Id.*, 105.

⁴¹² *However, the same considerations of policy do not apply where the beneficiary has not yet made a demand upon the bank and where, as here, injunctive relief is sought to stop the beneficiary from making such a demand pending the trial of action in which the issue of his fraud will be determined. Id.*, 106.

⁴¹³ *Mareva Compania Naviera S.A. c. International Bulkcarriers S.A.*, [1975] 2 Lloyd's L. Rep. 509.

Introduite au Canada en 1981, l'injonction *mareva* fut consacrée par la Cour suprême dès 1985⁴¹⁴. Les tribunaux canadiens ont, pour ainsi dire, adopté de façon générale les critères de la jurisprudence anglaise⁴¹⁵. Le requérant de l'injonction *Mareva* accordée par jugement interlocutoire doit également faire la preuve du bien-fondé de sa demande. Il doit ensuite démontrer que ses droits sont menacés ou qu'il est plus à risque que l'intimé. Enfin, il faudra qu'il établisse l'existence d'un risque sérieux que l'intimé se départisse des sommes d'argent ou des biens faisant l'objet du contentieux.

Dans le contexte civiliste québécois, bien que cette procédure soit théoriquement à la disposition d'un donneur d'ordre, elle ne semble pas présenter d'avantage, comparativement à la saisie avant jugement. Cette dernière peut même paraître plus intéressante, compte tenu qu'elle donne un droit de rétention sur le bien saisi, ce qui n'est pas le cas de l'injonction *Mareva*.

3. Saisie avant jugement

La saisie avant jugement, *the conservatory attachment orders*, est une procédure par laquelle un créancier peut obtenir que les actifs de son débiteur soient saisis jusqu'à ce qu'une décision soit rendue par un tribunal concernant la question en litige entre les parties. Tout comme les deux recours précédemment décrit, cette saisie vise à protéger le donneur contre les abus du bénéficiaire

⁴¹⁴ *Aetna Financial Services Ltd c. Feilgelman*, [1985] 1 R.C.S. 2. On peut citer deux arrêts dans lesquels ce type de procédure a été utilisé dans le cadre de lettre de crédit ou de stand-by au Canada. *C.D.N. Research & Development Ltd v. Bank of Nova Scotia*, précité, note 399, 65 et *Rosen v. Pullen*, précité, note 400, 28 (H.C.J.).

⁴¹⁵ Il semble que les tribunaux soient fidèles à leur habitude en se distinguant quelque peu des décisions anglaises: *On balance, the courts in Canada appear to have taken a somewhat narrower perspective on the Mareva injunction than the courts in England. It is submitted that neither evidence of dissipation nor evidence of removal from the jurisdiction even in the face of a strong prima facie case by the plaintiff by itself will be sufficient to found an order for a Mareva injunction. Rather, in order for the plaintiff to succeed in his application, he will have to provide persuasive evidence that the defendant is engaged in disposing of assets or removing assets in a manner out of the ordinary course of business or living, or is something from which the court can draw an inference that the defendant's actions are clearly calculated to render an eventual judgment of the plaintiff hollow.* Terrence M. WARNER, « The Evolution of the Mareva Principle in Canada », [1994] 6 JIBL 222.

de la garantie, qui désire obtenir paiement des montants garantis, en fraude des droits du donneur d'ordre.

Pour obtenir une saisie avant jugement, deux conditions doivent être remplies. Le saisissant doit posséder une créance certaine, liquide et exigible, ou encore susceptible d'une estimation provisoire, contre celui qu'il désire saisir. Le saisissant doit également prouver que ses droits sont menacés par les agissements du bénéficiaire qui tente d'échapper aux conséquences éventuelles d'un jugement: en bref, que le tribunal qualifie sa demande de frauduleuse et qu'il soit privé du paiement.

Bien que ce recours soit plus fréquent en France qu'au Québec, la Cour d'appel du Québec a toutefois eu la chance de nous livrer son enseignement dans l'affaire *Paris Sportswear c. Lanificio Itlam*⁴¹⁶. Dans cette affaire, Paris Sportswear avait demandé à la banque Continentale l'émission d'une lettre de crédit en paiement de la marchandise vendue par Lanificio, une entreprise de textile étrangère. Suivant le transport de la marchandise, Lanificio a présenté des documents en apparence conformes aux conditions stipulées dans la lettre de crédit. Le donneur d'ordre a toutefois eu vent que les exemplaires de la facture commerciale remise à la banque pour le paiement étaient différents de ceux remis aux douanes.

Paris Sportswear (le donneur d'ordre de la lettre de crédit), a intenté contre Lanificio (le bénéficiaire de la lettre de crédit) une action en résiliation de vente, accompagnée d'une saisie avant jugement des fonds détenus par banque émettrice en vertu de la lettre de crédit. Le recours principale été basé sur le fait que Lanificio Itlam aurait cherché, par de fausse représentation, à se faire payer par la banque, malgré que la marchandise livrée n'était pas conforme. Le juge Rothman, rédigeant pour la majorité, retient trois critères pour l'obtention de la saisie avant jugement. La fraude est-elle suffisamment établie? La conduite du débiteur justifie-t-elle que l'on puisse craindre que le donneur d'ordre ne récupère pas la somme garantie, advenant que le tribunal

⁴¹⁶ (1987) 7 C.A.Q. 265.

lui donne raison sur la nature frauduleuse de la demande de paiement, justifiant ainsi un arrêt de paiement? Le critère retenu par la Cour est celui de la crainte raisonnable et objective. Il faut en quelque sorte évaluer la mauvaise foi du défendeur. Cherche-t-il à déroger à ses obligations, soit une condamnation éventuelle suivant les procédure entreprise contre lui ?

Pour le juge Rothman, la fraude pouvait en être une découlant des documents présentés à la banque émettrice par le bénéficiaire pour obtenir le paiement, mais elle pouvait également avoir trait à la transaction initiale intervenue entre les parties de façon à vicier la demande de paiement. Malgré que l'injonction soit la procédure la plus souvent utilisé dans ces circonstance, la Cour a reconnu qu'il était également possible d'avoir recours à la saisie avant jugement, mais cela requière la preuve de l'existence de la créance et le fait que son recouvrement soit mis en péril en l'adsence de cette de se recours.

La dissidence du juge Vallerand a suscité une certaine controverse concernant la question de la créance du donneur d'ordre envers le bénéficiaire, compte tenu que le paiement de la lettre de crédit n'avait pas été effectué par la banque. Celui-ci n'a pas souscrit au raisonnement du juge Rothman qui considéra que le caractère irrévocable du crédit faisait en sorte que le donneur d'ordre n'avait plus à proprement parler le contrôle sur la transaction. Dès que la banque paie le bénéficiaire, le donneur d'ordre doit rembourser sa banque. À partir de ces considérations, la Cour a accordé la saisie.

Même s'il y a tout lieu de croire que les mêmes critères seraient applicables à la garantie bancaire, compte tenu de la similitude qui existe sur leur nature, cette procédure ne semble pas, de façon générale, reconnue au donneur d'ordre, dans le cadre de la garantie bancaire. La saisie avant jugement a pour conséquence de priver le bénéficiaire du paiement de la garantie. Accorder une telle saisie aurait pour effet de permettre au donneur d'ordre de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Il ne faut pas oublier que le principe de la garantie bancaire est le suivant: Paie d'abord, argumente après.

4. Autres recours

Recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire: ou comment faire indirectement ce qui n'est pas permis directement. Dans une affaire qui n'est pas sans rappeler la récente décision de la Cour d'appel anglaise, dans laquelle le donneur d'ordre d'un *performance bond* a obtenu une injonction directement contre son bénéficiaire, lui interdisant de procéder à l'appel de sa garantie⁴¹⁷, la CCI a, avec déférence pour ceux qui ne partagent pas notre avis, dénaturé la garantie bancaire, en déterminant qu'elle était en mesure de se « prononcer sur le droit du bénéficiaire de faire valoir les garanties », et plus particulièrement sur le « caractère illicite [de leur] appel »⁴¹⁸.

Les arbitres arrivent alors à la conclusion que, malgré son indépendance avec le contrat de base, la garantie bancaire trouve son fondement dans le contrat de base et qu'en conséquence, elle est liée à la validité, à la portée et à la résiliation du contrat de base. Ils ont ainsi conclu que les

⁴¹⁷ *Themehelp Ltd. v. West*, précité, note 46, 84. Voir: p. 137.

⁴¹⁸ Sentence arbitrale 5721 de 1990 de la CCI; par une pirouette intellectuelle, les arbitres ont, sur la base d'une clause d'arbitrage du contrat de base, étendu son application à la garantie bancaire. Bien que les arbitres conviennent qu'il s'agisse de deux contrats distincts et indépendants, ils s'ingèrent de façon très peu subtile dans la relation entre le garant et le bénéficiaire. Nous citerons les passages les plus évocateurs de cette surprenante affaire:

« Il n'est pas contesté que la relation établie entre le garant (la banque) et le bénéficiaire, entre le donneur (demanderesse) et la sous-garante (banque européenne), ne sont pas couvertes par la clause d'arbitrage des contrats de juin 1983. L'arbitrage ne concerne donc que les relations entre la demanderesse et X [bénéficiaire].

Le tribunal serait donc incompétent pour donner des ordres à l'une ou l'autre banque. En revanche, il est compétent pour dire si le bénéficiaire des lettres de garantie, X, est en droit de se prévaloir des garanties par rapport à la demanderesse. Il est également pour dire si les garanties sont valables dans le contexte des relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Ces garanties ont leur fondement dans les contrats de juin 1983. Elles sont, pour les parties à l'arbitrage, liées à la validité, la portée et la résiliation du contrat de base.

Il est certain que dans la mesure où les contrats de base, soit ici les contrats du 21 juin 1983, font état de garanties bancaires, le Tribunal arbitral est en droit de se prononcer sur leur portée. Le caractère abstrait de la garantie ne signifie pas que la garantie n'a pas son origine dans le contrat de base et qu'elle ne lui est pas étroitement liée. C'est bien pour garantir une inexécution du contrat de base que la garantie a été exigée et donnée. Le Tribunal peut se prononcer sur le droit du bénéficiaire de faire valoir les garanties. Il est en droit de se prononcer sur le caractère illicite d'un appel en garantie [...]

En l'occurrence, il ne fait aucun doute qu'il a tenté d'appeler sans droit les lettres de garanties. Si l'on admet que le contrat de base est résilié (contrat de sous-traitance), la caducité des lettres de garantie en est la conséquence naturelle, puisqu'elles ont leur cause dans les contrats de sous-traitances. Il faut que le bénéficiaire ait une créance contre le donneur d'ordre. Or tel n'est pas le cas en l'espèce. [...] Le risque couvert par les lettres de garanties a donc disparu pour le maître de l'ouvrage et, à l'époque, pour l'entrepreneur général X.

En conséquence, le tribunal constate que les lettres de garantie mentionnées ci-dessus n'ont plus de cause. Leurs bénéficiaires n'ont plus aucun droit sur elles. En revanche, si le Tribunal ne prend directement aucune décision à l'égard des banques garantes ou contre-garantes, il relèvera qu'un paiement par elles, si elles ont connaissance des termes de la présente sentence, serait susceptible d'engager leur responsabilité. »

lettres de garanties n'avaient plus de cause, compte tenu que le contrat de base étant lui-même résilié, ils ont prononcé la caducité des garanties⁴¹⁹.

Bien que cette affaire demeure un cas isolé, il nous apparaît important de souligner le danger d'une telle démarche. Cette décision semble se dissocier du courant jurisprudentiel. Le degré d'autonomie que les arbitres ont accordé aux garanties ne semble pas permettre d'appliquer le principe de l'inopposabilité des exceptions. En permettant ainsi au donneur d'ordre de faire échec à la mise en œuvre de la garantie, en procédant indirectement par une clause d'arbitrage du contrat de base contre le bénéficiaire, les arbitres ont en quelque sorte traité la garantie comme un cautionnement, c'est-à-dire une sûreté personnelle accessoire, liée au contrat de base. Il va sans dire que cette approche va à l'encontre de plus de deux décennies de développement doctrinal et jurisprudentiel. À notre humble avis, cette sentence, n'eut été une décision finale, elle n'aura pas franchi le test des tribunaux supérieurs⁴²⁰.

Recours du bénéficiaire. Advenant que la banque émettrice refuse d'honorer la demande de paiement du bénéficiaire, de sa propre initiative ou à la suite d'une ordonnance rendue par le tribunal, le bénéficiaire pourra alors entreprendre des procédures judiciaires pour que la banque émettrice respecte les termes et les conditions de la garantie bancaire et qu'elle procède ainsi au paiement de la garantie.

La banque émettrice qui effectue le paiement de la garantie, à la suite d'une décision favorable du tribunal, ne pourrait pas, ultérieurement, être taxée d'avoir commis une faute en effectuant ledit

⁴¹⁹ Nous nous permettons de faire le rapprochement avec une affaire récente de la Cour supérieure du Québec, soit *Stag Managment Canada Ltée c. Banque Royale du Canada* J.E. 94-1631. Le raisonnement n'est pas identique mais la méthodologie est quelque peu similaire. Dans un cas on invoque l'absence de cause et dans le second l'absence d'objet. Néanmoins, le résultat est identique, la garantie est neutralisée et demeure sans effet.

⁴²⁰ Bien que les commentaires du professeur Vasseur ne portent pas directement sur l'affaire en cause, il n'en demeure pas moins très pertinent et évocateur quant à la position de la Cour de cassation: « On remarquera tout spécialement au passage comment la Cour de cassation contrôle l'existence ou l'absence d'abus ou de fraude. Elle ne s'en remet pas à l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle juge qu'en l'état des contestations de fait, « la Cour d'appel a pu décider... ». Cette formulation est la marque de son contrôle (Cf. Perdriau, La protége doctrinale des arrêts civils de la cour de cassation: *JCP 90, éd. G,I, 3468, n. 37*). » Com. 19 fév. 1991, J.C.P. Éd. G. 1991.II.21670, obs. Vasseur.

paiement. Dès lors, le donneur d'ordre de même que la première banque pourraient difficilement justifier leur refus de rembourser la banque émettrice, pour le motif qu'il s'agit d'une demande et d'un paiement frauduleux.

C. Recours disponible après le paiement

Suivant le paiement de la garantie, le donneur d'ordre, qui estime que l'appel de la garantie était injustifié, en tout ou en partie, peut entreprendre des procédures judiciaires directement contre le créancier-bénéficiaire, le garant ou le contre-garant selon le cas.

Le recours direct contre le créancier se fera sur la base du contrat principal. Le débiteur-donneur d'ordre devra prouver le caractère frauduleux ou abusif de la demande de paiement de la garantie, compte tenu de la bonne exécution de ses obligations audit contrat de base. Une preuve supplémentaire sera exigée dans le cadre d'un recours en dommages et intérêts contre le garant et le contre-garant⁴²¹. Pour prouver que le paiement était illégal, il devra démontrer que ces derniers avaient connaissance du caractère manifestement abusif ou frauduleux de l'appel de la garantie. Sans cette preuve, le garant et le contre-garant sont en quelque sorte présumés avoir agi de bonne foi dans l'exercice de leur fonction.

Le donneur d'ordre peut également justifier le refus de remboursement du garant par le fait que ce dernier n'a pas respecté les termes du contrat de garantie et conséquemment, le paiement au bénéficiaire était illégal⁴²². Par exemple, un paiement fait par le garant malgré un appel tardif du

⁴²¹ Le même principe est applicable lorsque le donneur d'ordre refuse de rembourser au garant les montants payés en vertu de la garantie. Cette situation est encore plus fréquente dans le cadre de la contre-garantie. Pour se soustraire au paiement de la contre-garantie, le contre-garant devra faire la preuve de la connaissance du garant du caractère frauduleux, au moment du paiement de la garantie.

⁴²² Com. 6 fév. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 33 et Com. 6 fév. 1990, D. 1990, J.467, note Martin: le donneur d'ordre n'était pas tenu d'aucune obligation de remboursement envers sa banque garante, puisque l'appel de la garantie était abusif et qu'il ne pouvait justifier l'appel de la garantie. Il a été démontré que la banque avait connaissance du caractère abusif, sinon frauduleux de la garantie.

bénéficiaire aura pour conséquence de priver le garant de son droit au remboursement envers son donneur d'ordre⁴²³. Les mêmes principes sont applicables dans le cadre de la contre-garantie⁴²⁴.

CONCLUSION

Voilà le fruit de cet exercice de droit comparé entre le droit britannique, français, américain, canadien et québécois concernant la garantie bancaire internationale. L'étude des différentes juridictions nous a permis de constater qu'il y avait lieu d'être prudent lorsqu'on doit qualifier ou tout simplement identifier ce type d'instrument juridique. Bien qu'essentiellement similaires entre eux, il demeure important de souligner que chaque système de droit a développé sa propre doctrine. Les Américains ont codifié dans le livre 5 du Code de commerce uniforme (*UCC*) les usages et règles applicables aux lettres de crédit standby. Issue de la tradition de Common Law, la garantie se distingue principalement par sa forme documentaire. Les garanties anglaises et françaises peuvent aisément être classées dans le même groupe, dite de garantie à première demande. Les critères applicables à une demande d'arrêt de paiement, bien que similaires, divergent quelque peu, compte tenu du développement parallèle de ces deux systèmes juridiques, soit la Common Law et le droit civil. Pour ce qui est du Canada, la garantie constitue un reflet de la tradition britannique, dilué dans la mouvance américaine. Au Québec, on doit au surplus prendre en considération la dualité juridique de la Common Law et du droit civil.

Pour ajouter à cet amalgame de définitions, cet outil international demeure confronté, du point de vue terminologique, au vocabulaire local de chacune des juridictions. Nous sommes d'avis qu'une uniformisation terminologique serait souhaitable afin d'éliminer une partie de la confusion créée par la multiplication des expressions juridiques visant la dénomination d'un même outil, la garantie

423 Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 97.

424 Il a ainsi été jugé qu'une contre-garantie rédigée de façon identique à la garantie et de surcroît, comportant le même terme extinctif, devient caduque à l'expiration de la garantie de premier rang, si une prolongation n'a pas été demandée avant l'arrivée du terme; C.A. Paris, 25 févr. 1988: D. 1989, somm. p. 150, obs. Vasseur; sur pourvoi, Cass. com., 3 avr. 1990: Bull. civ. IV, n° 104; JCP 1990, éd. G, IV 212; D. 1991, somm. p. 125; cité dans Philippe SIMLER, *J.-Cl. N.*, fasc. K., n° 96.

bancaire. À cet égard, on peut souligner l'effort des américains dans le cadre de la réforme du *UCC*, de même que celle de la CNUDCI et la CCI, qui ont tous publié de nouvelles règles concernant les garanties bancaires internationales.

Un dernier élément et non le moindre doit être pris en compte lorsqu'arrive le temps de qualifier la garantie bancaire. Outil hybride, de garantie et de financement de projets internationaux, la lettre de garantie coexiste avec deux autres techniques bien connues et usitées dans le monde des affaires: la lettre de crédit et le cautionnement. Le parallèle avec la lettre de crédit⁴²⁶ et le cautionnement est en quelque sorte inévitable, le premier à titre d'instrument autonome et le second à titre de sûreté personnelle accessoire.

L'autonomie constitue l'une des deux caractéristiques essentielles de la garantie bancaire qui joue un rôle fondamental dans la qualification de l'instrument à titre de sûreté personnelle indépendante, la seconde étant l'inopposabilité des exceptions au contrat de base. Nous avons vu la portée de ces deux caractéristiques.

L'indépendance de la garantie signifie que la relation juridique qui découle du contrat de garantie n'est pas liée au contrat principal intervenu entre le débiteur et le créancier. Conséquemment, une fois que la garantie est émise, le sort du contrat principal qui, somme toute, lui a précédemment donné naissance, n'a plus d'incidence pour l'exécution de la garantie. Concrètement, cela se traduit par l'inopposabilité au garant de toute exception relative au contrat de base.

⁴²⁵ On peut citer par exemple l'affaire *Stag Management Canada Ltée c. Banque Royale du Canada*, précité, note 85, où la Cour supérieure du Québec a invalidé une lettre de crédit standby au motif qu'elle était sans objet et sans considération. Voir la note 85 pour les détails de l'affaire. Cette décision nous apparaît très suprenante compte tenu que l'objet d'une garantie bancaire ou encore d'une lettre de crédit standby constitue une somme d'argent et non une obligation du contrat principal.

⁴²⁶ À l'exception de l'aspect documentaire, qui constitue une distinction importante, on observe une certaine ressemblance en ce qui concerne leur fonctionnement respectif. Il faut néanmoins noter que si le paiement constitue la règle dans le cadre du crédit documentaire, il s'avère plutôt être l'exception du côté de la garantie. Compte tenu de la nature même de la lettre de crédit qui est nécessairement documentaire, leur mise en œuvre est également distincte. Cette très forte ressemblance fait en sorte que les principes et les règles développés pour les lettres de crédit sont souvent importés dans le contexte des garanties bancaires.

Par inopposabilité on doit comprendre que le garant, appelé à exécuter son engagement, doit uniquement répondre à la demande de paiement en fonction des conditions prévues à la garantie. La banque ne peut pas refuser une demande de paiement pour d'autres motifs que le non-respect des conditions de paiement prévues au contrat de garantie. Tous les autres motifs sont inopposables au bénéficiaire, allant même jusqu'à l'apparence d'exécution du contrat de base⁴²⁷. L'efficacité de la garantie découle en grande partie de la rigueur avec laquelle les banques appliquent ce principe. Le seul cas où le garant peut donner suite à la revendication du donneur d'ordre⁴²⁸ d'arrêter le paiement de la garantie, c'est lorsque la demande de paiement paraît être, *prima facie*, manifestement abusive et frauduleuse. Aucun autre motif ne peut soustraire le garant à l'exécution de son obligation de paiement de la somme garantie.

C'est dire que la garantie bancaire opère bel et bien un renversement des rôles traditionnels dans le cadre de sa mise en œuvre. L'expression couramment utilisée, '*pay first, argue later*' exprime à merveille ce constat. Présentée à titre d'introduction, sous la notion de risque, cette expression a pris tout son sens dans la seconde section de notre mémoire où la mise en œuvre de la garantie et subséquemment l'opposition furent traitées. Ce n'est donc pas tant à la mise en œuvre ou la mécanique de la garantie à laquelle nous nous sommes intéressé, mais bien plutôt à la question fondamentale des arrêts de paiement dans le cadre d'une demande frauduleuse et abusive.

L'exception de fraude et d'abus manifeste touche certainement l'un des aspects les plus délicats concernant la garantie bancaire, soit la limite de son autonomie. Tel que mentionné précédemment, seuls l'abus, la fraude ou la mauvaise foi manifeste peuvent faire échec au principe de l'autonomie et à la règle de l'inopposabilité des exceptions tenant au contrat de base. La force exécutoire de la garantie est ainsi limitée par la fraude et la l'abus de droit manifeste. L'évolution jurisprudentielle peut sembler hésitante par moments, mais il s'en dégage néanmoins une doctrine

⁴²⁷ Voir note 364.

⁴²⁸ Il va de soi que le donneur d'ordre, une fois informé de la demande de paiement de la part du bénéficiaire, exigera du garant qu'il ne procède pas audit paiement, invoquant sa pleine exécution de ces prestations prévues au contrat de base et, conséquemment, que la demande de paiement est irrecevable.

cohérente. Un appel de la garantie sera frauduleux et abusif lorsque, en toute connaissance de cause, le bénéficiaire procède à la demande de paiement sans droit.

C'est généralement en regard de l'exécution de la relation fondamentale couverte par la garantie que la recherche de l'existence d'un abus ou d'une fraude se concrétise. De là découle la grande difficulté de l'opération qui consiste à déterminer, le cas échéant, la nature frauduleuse ou abusive de la manœuvre du bénéficiaire, et de la distinguer d'un simple appel injustifié, qui ne donne pas ouverture à un arrêt de paiement. Ceci s'explique par l'application du principe de l'inopposabilité des exceptions qui interdit au garant de tenir compte de toutes objections étrangères à la garantie et, plus particulièrement, de celles découlant directement du contrat de base.

L'existence d'un abus ou d'une fraude manifeste doit donc pouvoir être décelé *a priori*, lorsque le droit qui lui sert de fondement est exercé. Sera ainsi illicite l'appel de la garantie qui apparaît, au vu des seules conditions dans lesquelles il est perpétré, comme étant manifestement frauduleux ou abusif. Le vice devra apparaître *prima facie* comme absolument évident; les prémisses objectives d'un paiement faisant dès l'origine défaut.

La distinction entre une demande injustifiée et celle qui est manifestement abusive ou frauduleuse constitue sans aucun doute la zone la plus ambiguë et la plus difficile à cerner. Elle se résume en une différence qualitative qui découle, dans un cas comme dans l'autre, de la non-réalisation du risque couvert. La différenciation entre ces deux concepts trouve sa source directement dans l'autonomie de la garantie qui assure les fragiles intérêts des parties aux contrats.

Enfin, une demande de paiement injustifiée de la garantie, mais qui ne serait pas manifestement frauduleuse, contraindrait alors le donneur d'ordre d'entreprendre des poursuites judiciaires directement contre le bénéficiaire. Le juge du fond aura alors à déterminer, en regard du droit applicable au contrat de base, si la mise en jeu de la garantie par le bénéficiaire était régulière mais également justifiée.

Sans prétendre avoir couvert l'ensemble des questions soulevées par cet instrument juridico-financier, nous croyons avoir parcouru la majeure partie de ce vaste sujet et répondu aux principales interrogations quant à sa nature juridique.

L'une d'elles, la plus importante certainement, concerne l'indépendance de la garantie. Faut-il rappeler que cette sûreté personnelle, sans cet élément essentiel que constitue l'autonomie, ne serait pas une garantie bancaire mais plutôt un cautionnement, dont les exceptions relatives au contrat de base seraient opposables au garant. Il nous apparaît opportun de souligner que ce principe a récemment été mis à rude épreuve par cinq tribunaux différents de deux juridiction distinctes. Nous diviserons notre commentaire en deux. Le premier concernera un groupe de décisions prise dans le cadre de la contregarantie, soit d'une garantie émise par une banque contregarante envers une banque garante, plutôt que la relation entre le garant et le bénéficiaire et de la question du droit applicable. Le second groupe, soit les affaires *Themhelp* et la sentence arbitrale 5721 de la CCI, s'intéresse à l'injonction. Bien que l'autonomie de l'instrument ne soit pas directement remise en cause dans chacune de ces décisions, ce principe fondamental, étant à la base même de la garantie bancaire, s'y trouve néanmoins grandement affecté.

Trois décisions anglaises⁴²⁹ ont été sérieusement mises en doute l'application du principe de l'autonomie à la contre-garantie. Les savants juges ont ni plus ni moins qualifié la contre-garantie de contrat accessoire, c'est-à-dire comme un complément de la garantie bancaire. Pour les tribunaux britanniques, il s'agit d'un changement de cap radical. Étant traditionnellement les moins

⁴²⁹ Voir note 88; *Turkiye Is Bankasi A/S v. Bank of China*, [1993]1 Lloyd's Rep. 132 et *Wahida Bank v. Arab Bank plc.*, [1994] 3 Bank LR 70. Ces deux décisions concernent des garanties émises sous la forme britannique (*Performance bond*). Le droit applicable à la contregarantie n'était pas spécifié dans les deux cas mais celui de la garantie *performance bond* était prévu, soit le droit du garant (*issuing bank*). La cour a appliqué la même logique dans ces deux décisions, établissant que le droit applicable serait le même pour la contre-garantie que celui pour la garantie. *Gulf Bank KSC v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd (No2)*, [1994] 2 LLR 145. L'auteur résume ainsi la décision du tribunal concernant la relation entre la garantie et la contre-garantie;

In such cases, the liabilities of a guarantor and counter-guarantor are inter-connected, that is, where liability arises due to an advance payment made under a guarantee, the corresponding counter-guarantor is obliged its liability too, unless the guarantor has discharged its liability wrongfully or unnecessarily, whether being a victim of frauds or otherwise. Charles CHATTERJEE, « The Independence of Contracts of Guarantee and Counter-guarantee from the Underlying Contract », (1995) 4 J I BL 134 (nous soulignons). Voir note 92.

interventionnistes dans le cadre des relations d'affaires, cette ouverture, de leur part, est assez surprenante. Il est encore plus intéressant de constater que cette brèche s'est manifesté à l'égard d'une composantes essentielles du mécanisme judiciaire de la garantie bancaire, soit la fraude ou l'abus de droit.

Comme ce fut le cas à la suite de l'affaire *Salomon*⁴³⁰ où on a ouvert un abîme dans le principe de l'indépendance de la personnalité juridique des compagnies en acceptant de soulever le voile corporatif, le sacro-saint principe de l'autonomie de la garantie fut récemment mis à rude épreuve. Nous croyons qu'il s'agit là d'un dangereux précédent. Lorsque les tribunaux les plus conservateurs amorcent la dilution d'un des piliers fondamentaux d'un outil juridico-financier aussi important, cela risque de provoquer un certain effet d'entraînement pour l'ensemble des juridictions.

Deux autres décisions importantes avivent notre inquiétude concernant le laxisme qui semble s'emparer des tribunaux concernant l'application du principe d'indépendance de la garantie bancaire. Il s'agit de la décision *Themehelp Ltd. c. West*⁴³¹ de la Cour d'appel anglaise ainsi que la sentence arbitrale 5721 de la Cour d'arbitrage de la CCI⁴³². Bien qu'il soit plutôt rare que les tribunaux fassent droit à une requête en injonction visant l'arrêt du paiement de la garantie au bénéficiaire, il n'existait pas, à notre connaissance, de décisions qui aient jamais autorisé un donneur d'ordre à obtenir pareille conclusion, directement contre le bénéficiaire. C'est bien là la particularité de ces affaires. Le tribunal de première instance, dont la décision fut confirmée par la Cour d'appel, a permis de passer outre le principe de l'autonomie, en permettant au donneur d'ordre de s'immiscer dans la relation exclusive du garant avec son bénéficiaire. C'est le principe de l'inopposabilité des exceptions qui semble avoir été carrément mis à l'écart. Les arbitres de la CCI ont également opté pour une solution similaire, en permettant au donneur d'ordre de soulever une clause d'arbitrage du contrat de base pour faire échec à la mise en œuvre de la garantie.

⁴³⁰ *Salomon c. A. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22.

⁴³¹ , [1996] Q.B. 84.

⁴³² *Supra*, note 425.

Ces décisions font preuve d'un réel pragmatisme, au risque de passer sur une qualification juste du mécanisme. En excluant implicitement le garant et en contournant le mécanisme normal de contestation de la garantie bancaire, qui assure au bénéficiaire le paiement de la somme garantie en tout temps, mais qui prive le donneur d'ordre de se défendre à armes égales avec son créancier, peut-on y lire une volonté des tribunaux de rétablir la confiance dans les transactions commerciales internationales et particulièrement entre les cocontractants? Il est possible que l'on veuille interpréter les clauses contractuelles dans un sens plus favorable aux donneurs d'ordre. Ceux-ci étaient en effet dans des situations le plus souvent précaires face aux bénéficiaires, donnant ouverture à des appels abusifs et frauduleux à l'égard desquels les donneurs d'ordre demeurent quasiment impuissants au stade de la demande de paiement. Cette entorse au principe semble être justifiée par l'application de la règle de la bonne foi dans l'exécution des obligations contractuelles, la garantie bancaire étant également soumise à ce principe.

Les garanties bancaires ont fait beaucoup de chemin depuis leur apparition dans les années soixante-dix. Elles sont aujourd'hui une donnée constante des contrats internationaux et ont même récemment fait leur apparition dans les relations juridiques internes. En droit français, leur utilisation est plus fréquente et diversifiée. À titre d'épilogue, notre regard se tourne vers le droit québécois et particulièrement vers l'intégration des principes transnationaux au droit local. Cette question n'a, à notre connaissance, jamais été abordée en droit civil québécois. Il s'agit d'un sujet fort intéressant et en plein développement, particulièrement en Europe. À cet égard, les tribunaux français ont eu l'opportunité d'ouvrir quelques pistes de réflexion.

En droit québécois, son utilisation est encore peu fréquente, mais elle a toutefois été remarquée dans le cadre de demandes judiciaires de substitution de garantie⁴³³. Il ne serait pas surprenant de voir, dans un avenir assez rapproché, cet instrument juridico-financier prendre de plus en plus d'importance dans les relations commerciales locales. Il y a lieu de souligner que certains lois et

⁴³³ *Picard c. Panagiotopoulos* [1985] R.D.J 666 (C.A.); *Les Constructions Groupe Gazaille Inc. c. Provencher, Roy & Associés, Saucier, Perrotte Architectes*, précité, note 120.

règlements en font maintenant expressément mention, notamment dans le cadre particulier des garanties de soumission, permettant au donneur d'ordre d'offrir à son choix un cautionnement traditionnel ou une garantie bancaire. Nous soulignerons néanmoins que cette ouverture reste plutôt limitée, car seule la garantie de soumission semble actuellement donner accès à la garantie bancaire. Conséquemment, la garantie d'exécution est pour le moment, nous osons le croire, non accessible à la garantie bancaire, sauf dans le cadre de l'art. 16 du *Règlement sur les règles particulières concernant les contrats d'approvisionnement, les contrats de construction et de contrats de services de la Société immobilière du Québec*⁴³⁴.

Outil à la fois efficace, puissant et versatile, son utilisation demeure encore marginale. Pour certains, elle pourrait signifier un complément aux sûretés traditionnelles disponibles, allant même jusqu'à s'y substituer. On peut mentionner son utilisation à titre de garantie d'exécution dans les contrats de location. Le locateur a beaucoup moins de souci lorsque le locataire est en défaut de paiement de son loyer. Il n'a qu'à appeler la garantie, sans s'embarrasser de toute autre procédure. Pour d'autres, elle permet de contourner la pratique civiliste actuelle des sûretés accessoires telles que le cautionnement. Bien que leur utilisation ne soit pas contraire à l'ordre public et ne soit prescrite dans le C.c.Q.⁴³⁵, il nous apparaît souhaitable qu'elle soit régie par un minimum de règles. À cet égard, il serait recommandé que le garant agisse avec beaucoup de minutie et de précaution, en avisant entre autres systématiquement leur client, donneur d'ordre, de la distinction

⁴³⁴ (1996) 6 G.O., II, 1221,14-16 et 26-27; voici quelques règlements prévoyant l'utilisation de la garantie bancaire: *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des ministères et des organismes publics*, (1993) 31 G.O. II, 6198, 28-29; *Règlement sur les contrats de construction des ministères et organismes publics*, (1993) 31 G.O., II, 6208, 36-38; *Règlement sur les contrats de services de déneigement des ministères et organismes publics*, (1993) 31 G.O., II, 6262, 24-26; *Règlement sur les contrats de services des ministères et organismes publics*, (1993) 31 G.O., II, 6222, 57-58; *Règlement sur les règles particulières concernant les contrats d'approvisionnement, les contrats de construction et de contrats de services de la Société immobilière du Québec*, (1996) 6 G.O., II, 1221,14-16 et 26-27. Nous avons joint en annexe copie d'un modèle de « Lettre de garantie irrévocable » applicable à titre de garantie de soumission, et une seconde concernant la garantie d'exécution. Nous soulignons au passage que leur formulation est loin d'être parfaite, mais par contre qu'elle s'améliore dans le second modèle, applicable aux garanties d'exécution.

⁴³⁵ Il y a tout lieu de croire qu'à cet égard, l'interprétation de cette règle puisse être applicable à notre Code civil québécois; « si le Code civil ne connaît et ne réglemente qu'une seule sorte de sûreté personnelle: le cautionnement, il n'exclut pas qu'il puisse en exister d'autres. » Philippe SIMLER, J. Cl. É Th, Garantie autonome, fasc. K, n° 2. On peut ajouter que l'art. 1134 C. civ. Fr. prévoit que « les conventions également formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (nous soulignons).

avec le cautionnement et plus particulièrement, de la dynamique de la demande de paiement à première demande.

ANNEXE

Règlement sur les règles particulières concernant les contrats d'approvisionnement, les contrats de construction et de contrats de services de la Société immobilière du Québec, (1996) 6 G.O., II, 1221,14-16 et 26-27;

« ANNEXE 4:
(a. 16, par. 2)

LETTRE DE GARANTIE IRRÉVOCABLE
(Garantie d'exécution)

Bénéficiaire: Société immobilière du Québec

Adresse

Objet:

Nom du soumissionnaire:

Adresse

N° de projet:

Description:

La(nom de l'établissement financier et succursale) ici représentée par dûment autorisé(e), établit ce jour, en faveur du bénéficiaire, et pour le compte du soumissionnaire, ci-haut mentionné, la présente lettre de garantie irrévocable et encaissable sans condition au montant de dollars (.. \$).

Le montant payable en vertu de cette garantie irrévocable et inconditionnelle sera aussitôt remis au bénéficiaire lors de sa première demande formulée par déclaration écrite de son président ou de l'un de ses vice-président sur réception du présent document à(nom de l'établissement financier) dont l'établissement est situé au (adresse), sans que la (nom de l'établissement financier) considère les causes d'une telle demande entre le bénéficiaire et le soumissionnaire ci-haut mentionnés.

Cette garantie irrévocable et inconditionnelle demeure en vigueur jusqu'à la fin du contrat (numéro et description du contrat), après quoi, sur demande elle sera remise au client ci-haut mentionné par le bénéficiaire.

EN FOI DE QUOI, la (nom de l'établissement financier) par ses représentant dûment autorisés, a signé les présentes à le ième jours de 19..

Par: _____
signataire(s) autorisé(e)(es) »

Nous mentionnerons au passage quelques règlements prévoyant l'utilisation de la garantie bancaire:
Règlement sur les contrats de construction des ministères et organismes publics, (1996) 11 G.O., II, 1848, 36-38;

« ANNEXE 2:
(a. 37, par. 2°)

LETTRE DE GARANTIE IRRÉVOCABLE

Bénéficiaire:

Nom du Ministère ou de l'organisme
Adresse

Objet:

Nom de l'entrepreneur
Adresse
Identification sommaire de l'appel d'offres

La(nom de l'établissement financier et succursale) ici représentée par dûment autorisé(e), garantit, de façon irrévocable, le paiement des sommes qui vous seront dues par le client ci-haut mentionné advenant le défaut de ce dernier d'accepter un contrat conforme à sa soumission ou de fournir les garanties requises dans les(..) jours de la date de l'avis de l'acceptation de sa soumission.

Les deux seules conditions pour que la présente garantie soit réalisable sont: soit le défaut d'accepter un contrat conformément à la soumission, soit le défaut de produire les garanties requises.

Après réception d'une demande écrite de paiement, dans laquelle la date d'ouverture des soumissions devra être mentionnée,(nom de l'établissement financier) s'engage à acquitter ces sommes; toutefois, en aucun cas, l'engagement total de (nom de l'établissement financier) en vertu des présentes, ne devra dépasser la somme de dollar (.....\$).

La présente garantie demeurera en vigueur durant une période de(..) jours à partir de la date d'ouverture des soumissions et toute demande de paiement, en vertu de la présente garantie, devra parvenir à (nom de l'établissement financier) au plus tard (..) jours à partir de la date d'ouverture des soumissions.

Le paiement est exigible à la simple demande de paiement adressée à l'établissement financier par le bénéficiaire.

(nom de l'établissement financier)

Par: _____
(signataire autorisé)

(signataire autorisé) »

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- BAUDOIN, J.-L., Les obligations, 4e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1993.
- BAXTER, F. G., The Law of Banking, 4 ed., Toronto, Carswell, 1992.
- BERTRAMS, F. R., Bank Guarantees in International Trade, Amsterdam, Kluwer, 1990.
- DOHM, J., Les garanties bancaires dans le commerce international, Berne, éd Steampfli et Cie, 1986.
- DOLAND, J. F., The law of letters of Credit: Commercial and Standby Letters of Credit, Boston N. Y. , ed Warren, Gorham & Lamont, 1984.
- GHESTIN, J., et Gilles GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction général, n° 741.
- GOLDSMITH, E. et Thomas G. HEINTZMAN, Goldsmith on Canadian Building Contracts, 4 éd. Toronto, Carswell, 1988.
- HAYES, E. et Micheal Kelly, Letters of credit: Choice of Law and of Forum in Letters of Credit, The Canadian Institute, Toronto, 1992.
- KURKELA, M., Letters of Credit Under International Trade Law: UCC, UCP and Law Merchant, New York, Oceana Publications Inc., 1985.
- LEBOULANGER, P., Les contrats entre états et entreprises étrangères, Paris, Economica, 1985.
- MARTY et RAYNAUD, Les obligations, 2e ed., Paris, Sirey, 1989.n° 412.
- MAULARIE, P., et Laurent AYNÈS, Cour de droit civil - les sûretés, Paris, Cujas, 1993.
- MCGUINNESS, K. P., The Law of Guarantee, Toronto, Carswell, 1986.
- PRÜM, A., Les garanties à première demande, Paris, Litec, 1994.
- ROSSI, T., La garantie bancaire à première demande, Le Mont-sur-Lausanne, Méta Éditions SA, 1990.
- SARNA, L., Letters of Credit: The Law and Current Practice, 3rd ed. (Toronto; Carswell, 1993) p. 9.1-9.8.
- SIMLER, P., Cautionnement et garanties autonomes, 2e éd, Paris, Litec, 1991.

Articles de revue

- BARKER, B. C., Sam BILLARD et Philip H. BUXTON, "Standby Letter of Credit Supporting Long-Term Debt and Securitizations", (1992) 7 B.F.L.R., 293.
- BARNES, J.G. et James E. BYRNE, "Revision of U.C.C. Article 5" (1995) 50 Bus L.1449.
- BEAUCHAMP, F., "Le cautionnement d'exécution", *Les sûretés en matière de construction*, *Insight Press*, Montréal, 1995, 181.
- BELLIS, M. et Yves POULLET, "Émergence de la sureté personnelle non-accessoire" dans Henry Lesguillons (dir.), Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, Paris, feduci, 1980, 159.
- BERGSTEN, E. E., "A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit : The UNICITRAL Draft Convention on Guaranty Letters", (1993) 27 *Int'l. Law.*, 864.
- CASEY, J. B., "*Letter of credit: what they are and how they work*", *Letters of credit - Application in domestic and international transactions*, *Insight Press*, Toronto, 1994.
- CHATTERJEE, C., "The Independence of Contracts of Guarantee and Counter-guarantee from the Underlying Contract" (1995) 4 J I B L 134;
- "The Concept of the Natural Forum and the Governing Law of a Transnational Letter of Credit contract" UT 11.
- GALVADA, C., ET J. STOUFFLET, "La lettre de garantie internationale", *Rev. trim. drt. com.* 1980.1.s.
- J.Cl. Banque et Crédit, FASC. 610, n° 78.
- GAUTHIER, J., "Règles uniformes de la CUNDCI sur les lettres de crédit stand-by et garanties" dans Ministère de la Justice du Canada, Septième colloque de droit commercial international: procès-verbal, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et des service Canada, 1989, p.39-46.
- GETZ, A. H., "Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Harvard Int. L J. 189.
- GOODE, R., "The New I.C.C. Uniform Rules for Demand Guarantees", (1992) LMCLQ 192.
- GORDON, L., "Draft Uncitral Convention on Independent Guarantees", [1996] LMCLQ 42.
- GRAHAM, G. B. et BENJAMIN GEVA, "STANDBY CREDITS in Canada", (1984) 9 Canadien Business Law Journal, 180.

- GRAHAM, W.C. et Q.C. Jan MATELEK, "The Law and Practice Relating to the Use of Letters of Credit and Performance Bonds in Securing Contractual Performance in Canada and the United States", dans Henry Lesguillons (dir), Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloques de Tours, Paris, feduci, 1980, p. 55.
- HANNANI, M., "Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services" (1985) 26 C. de D. 668.
- HORN, N. et E. WYMEERSCH, "Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit, and Performance Bonds in international Trade", dans Norbert Horn, *The Law of Internatl Economic Law*, Deventer, Klumer Law and Taxation, vol. 6, 1989, P. 461.
- KLEIN, B. et J.A. Cremades, "Discussion" dans les Garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, Paris, Éditions du Moniteur, 1981.
- KOZOLCHYK, B., "BANK guarantees and letters of credit: Time for a Return to The Fold", (1989) *J. Int. Bus. L.* 7, pp. 60.
- LEVEL, P., "Le droit des sûretés pratique et perçu dans l'entreprise", dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Br5) 26 C. de D. 668.
- LOUSSOURAN, Y., "Les sûretés personnelles traditionnelles en droit international privé", dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983, p. 431.
- LUCAS, P.-Y., "La lettre de garantie pour défaut de connaissance", *Dr. Marti*, 1987.D.346.
- MOATTI, L., "La garantie bancaire à première demande dans les opérations de commerce international", Revue des Not. et des Avo., 1989, p. 662.
- MUGASHA, W., "Non-Documentary Conditions in Letters of Credit and Bank Guarantees", (1990) 5 B.F.L.R. 313.
- PIEDELÈVRE, S., "Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties sur demande" (1993) 46 RTD Co., 616.
- PETERS, A., "Standby Letters of Credit in Financing Transactions", (1994) 13 *National Banking Law Review* 44.
- PETKOVIC, D., "The Proper Law of Letter of Credit" (1995) 4 J IBL 143.
- POITRINAL, F.-D., "Les mécanismes de réduction des risques de non-paiement dans le cadre des garanties de passif" (1995) 4 *Rev. Société* 659.
- POULLET, Y., "Le contrat de garantie examen de quelques problèmes juridiques particuliers" dans Henry Lesguillons (dir), Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, Paris, feduci, 1980, p. 141.
- RAYMOND, C., "Comment les sûretés passent-elles les frontières ?", dans André BRUYNEEL et

- Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983.
- SCHMITTHOFF, C. M., "Conflict of Law Issues Relating to Letters of Credit: an English Perspective" in Chia Jui Chang, ed., Selectt Essays on International Trade Law, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 580.
- SIMLER, P., J.-Cl. N., fasc. K.
- SIMON, L., "Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent", dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983, p. 278.
- STOUFFLET, J., "Garantie bancaire internationale", J.-Cl. Ban. et Crédit, fasc. 610.
- STRANART, A.-M., "rapport de synthèse ", dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983, p. 567.
- TRUDEAU, P. R., "Les garanties contractuelles exigées des exportateurs québécois de biens et de services", 45 R. du B. 163.
- TURNER, P. S., "Revised UCC Article 5: The New U.S. Uniform Law on Letters of Credit" 11 BFLR P. 207.
- VAN HECKE, G., "Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique" dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983, p. 455.
- VAN OMMESLAGHE, P., "Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté", dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983.
- VASSEUR, M. "Rapport de synthèse: Le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de l'Europe de l'ouest " dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, feduci, 1983, p. 325. "Les nouvelles règles de la chambre de Commerce Internationale pour les "garanties sur demande"", (1992) 3 R.D.A.I. 239, p. 290.
- Rép. com. Dalloz, v° Garantie indépendante, n° 71.
- Rép. com. Dalloz, v° IV, Garantie indépendante, n°48.
- VERDON, C., "Aperçu des activités récentes du Gouvernement canadien en droit international privé" dans MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA , Septième colloque de droit commercial international: procès-verbal, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et des Service Canada, 1989, p.15.
- VILLEREY, A., "Les garanties bancaires en droit français", dans André BRUYNEEL et Anne-Marie STRANART (dir), Les sûretés, Colloque de Bruxelles, Paris, Feduci, 1983, p. 266

Jurisprudence canadienne

- Banque de Nouvelle-Écosse c. Angélica-Whitewear*, [1987] 1 R.S.C. 56.
- Banque Nationale du Canada c. Ville de Notre-Dame du Lac*, [1990] R.L. 339, 346-347.
- C.D.N. Research & Development Ltd v. Bank of Nova Scotia*, (1980) 18 C.P.C. 62 (Ont. H.C.).
- C.D.N. Research & Development Ltd v. Bank of Nova Scotia*, (1982) 136 D.L.R. 656.
- H.L. Boulton & Co. S.A.C.A. c. Banque royal du Canada*, [1995] R.J.Q. 213.
- Les Constructions Groupe Gazaille Inc. c. Provencher, Roy & Associés, Saucier, Perrotte Architectes*, LPJ-95-0174.
- Lumcorp Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1977] C.S. 993.
- Meridian developements Inc. v. T.D. Bank and Nu-West*, (1984) 32 Alt. L.R. (2d) 150, (Q.B.).
- Meridian developements Inc. v. T.D. Bank and Nu-West*, (1984), 32 Alt. L.R. (2d) 150 (Q.B.).
- Picard c. Panagiotopoulos* [1985] R.D.J 666 (C.A.).
- Rosen v. Pullen*, (1985) 126 D.L.R. (3d.) 62.
- Stag Managment Canada Ltée c. Banque Royal du Canada* J.E. 94-1631.

Jurisprudence américaine

- American Bell Int. v. Islamic Republic of Iran*, (S.D.N.Y. 1979) 474 F. Supp. 420.
- Bank of Cochin LTD. v. Manufacturers Hanover Trust*, (D.C.N.Y. 1985) 612 F. Supp. 1533.
- Brown v. United States National Bank*, (Bankr. N.D. Tex. 1984) 39 U.C.C. Rep. Serv.
- Consolidated Aluminium Corporation v. Bank of Virginia*, (1982) 544 F. Supp. 386.
- Cromwell v. Commerce & Energy Bank*, (La. Ct. App. 1984) 450 So. (2d) 1.
- Dynamics American Bell International v. Islamic Republic if Iran*, (1979) 474 F. Supp. 420.
- Dynamics Corporation of America v. Citizen's & Southern National Bank*, (N.D. Ga. 1973) 365 F. Supp. 991.
- Harris Corp. v. Nat. Iranian Radio and Television*, (11th Cir. 1982) 691 F.2d 1344.
- Itek v. First National Bank*, (D. Mass. 1981) 511 F. Supp. 1341., (1st. Cir. 1984) 730 F.2d. 19.
- J. Zeevi & Sons v. Grindlay's Bank (Uganda). J. Zeevi & Sons v. Grindlay's Bank (Uganda)*, (1975) 37 N.Y. (2d); 371 NYS (2d) 892.
- KMW International v. Chase Manhattan Bank*, (2d Cir. 1979) 606 F. (2d) 10.
- Rockwell Internat. Systems v. Citibank*, (2d. Cir. 1983) 719 F.2d 583.
- Stzejn v. J. Henry Schroder Banking Corp.*, (1941) 31 N.Y.S. 2d. 631.

Touch Ross v. Manufacturers Hanover, 449 N.Y.S. 2d. 125 (N.Y. App. Div. 1982).
United Railways of Havana and Regla Warehouse Ltd., [1961] A.C. 1007.
United Technologies Corp. v. Citibank, (S.D.N.Y. 1979) 469 F. Supp. 473.

Jurisprudence anglaise

Attock Cement Co. Ltd. v. Romamian Bank for Foreign Trade, [1980] 1 Lloyd's Rep. 572.
Attock Cement Co. v. Romamian Bank for Foreign Trade, [1989] 1 All ER 1189.
Bank of Baroda v. Vysya Bank Ltd., [1994] 2 Lloyd's Rep. 87.
Bank of Credit & Commerce Hong Kong Ltd, v. Sonali, [1995] 1 Lloyd's rep. 227.
Bolinwinter Oil v. Chase Manhattan Bank N.A., [1984] 1 W.L.R. 392, 393.
Edward Owen Engineering Ltd v. Bank International Ltd, [1978] 1 ALL ER 981.
Elian and Rabbath v. Matsas and Matsas, [1966] 2 Lloyd's L.R. 495.
Essal Commodities Ltd v. Oriental Credit Ltd, [1985] 2 Lloyd's Rep. 542.
European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Bank (No. 2), [1983] 1 Lloyd's Rep. 611.
European Asian Bank A.G. v. Punjab and Sind Bank, [1981] 2 Lloyd's Rep. 651.
Gulf Bank KSC v. Mitsubishi Heavy Industries Ltd, [1994] 2 LLR 145. *Intraworld Industries Inc. v. Girard Trust Bank*, (1987) 336 A 2d 316.
IE Contractors Ltd v. Lloyd's Bank Plc and Rafidian Bank, [1989] 2 Lloyd' Rep. 205.
Offshore Entreprise inc. v. Noric Bank PLC, D. 1986.I.R. obs. M. Vasseur.
Offshore International S.A. v. Banco Central S.A., [1976] 2 Lloyd's Rep. 402.
Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait S.A.K., [1981] 2 Lloyd's Rep. 394.
Power Curder International Ltd. v. National Bank Of Kuwait S.A.K. [1981] 1 W.L.R. 1233, [1981] 2 Lloyd's Rep. 398.
Queen's Bench Division, com. Court, 30 juill. 1992, D.S. 1994 somm. 24, obs. Vasseur.
R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. et al. v. National Westminster Bank Ltd. et al, [1977] 2 All E.R. 862.
Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd., [1987] 1 Lloyd's Rep. 1.
Themehelp Ltd, v. West, [1996] L. Rep. 84 (C.A.).
Toprak Mahsulleri Office v. Finagrain Compagnie Commerciale Agricole et Financière S.A. [1979] 2 Lloyd's Rep. 98.
Turkiye Is Bankasi A/S v. Bank of China, [1993]1 Lloyd's Rep. 132.
United Bank Ltd v. Cambridge Sporting Goods Corp., 360 N.E.2d 943 (1976)
United City Merchants Ltd. v. Royal Bank of Canada, [1982] 2 All E.R. 720.

United Railways of Havana and Regla Warehouse Ltd v. *Offshore International S.A.* v. *Banco Central S.A.* [1976] 2 Lloyd's Rep. 402.

United Trading Corporation S.A. v. *Allied Arab Bank Ltd*, [1985] 2 Lloyd's Rep. 554.

Wahida Bank v. *Arab Bank plc.* [1994] 3 Bank LR 70.

Jurisprudence française

Cour de cassation

BFCE c. *SA Bouffard*, n°90-16.782: D. 1993.Somm.104, obs. M. Vasseur.

Civ., Première Ch., 17 janv. 1995, D. 1995.JP.213, note Monteiro.

Com., 12 déc. 1995, JPC, éd. E, 1996, Pan 200.

Com., 19 nov. 1995, *Bull. civ.* IV, n. 274.

Com., 13 déc. 1994, D. 1995.JP.209, note Aynès; J.C.P. 1995, éd. E, pan. 201;

Com., 7 juin 1994, D. 1995.Somm.19, note M. Vasseur; , J.C.P. éd. E., 1994.II.637, note Leveneur.

Com., 10 mai 1994, D. 1995.Somm.12, note M. Vasseur.

Com., 12 janv. 1993, *Bull. civ.* IV, n°1.

Com. 26 janv. 1993, (1993) RTDCo 350, obs. Cabrillac et Teyssié.

Com., 19 mai 1992, *Bull. civ.* IV, n°187.

Com., 22 mai 1991, D. 1992.Somm.233.

Com., 28 janv. 1992, (1992) RJDA 295, n°373; *Bull. civ.* IV, n°35; D. 1992.Somm.304, obs. M. Vasseur

Com., 19 fév. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 76; J.C.P. 1991.II.21670, obs. M. Vasseur; D. 1991.Somm.199.

Com., 18 déc. 1990, D. 1991.Somm.193, obs. M. Vasseur.

Com., 6 nov. 1990, JCP 1991.II.21630, obs. M. Jéol.

Com., 23 oct. 1990, D. 1991.Somm.197.

Com., 4 avr. 1990, D. 1991.Somm.195, obs. M. Vasseur.

Com., 3 avr. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 104; 1990 JCP.IV.212; D.1991Somm.125.

Com., 27 fév. 1990, D. 1991.Somm.197, obs. M. Vasseur.

Com., 24 janv. 1989, J.C.P. Éd. G, 1990.II.21425, obs. Mattout et Prüm.

Com., 10 janv. 1989, D. 1989.Somm.153, obs. M. Vasseur.

Com., 8 déc. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 261.

- Com., 20 janv. 1987, *Bull. civ. IV*, N° 19.
- Com., 15 déc. 1986: D. 1990.Somm.198, obs. M. Vasseur.
- Com., 25 nov. 1986, Dr. Marti., J.358.
- Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117; D. 1987.JP.17, note M. Vasseur.
- Com., 29 avril et 10 juin 1986, D. 1987.JP.17, note M. Vasseur; *Bull. civ. IV*, n° 73.
- Com., 29 avril 1986, Dr. Marti., J.356.
- Com., 11 déc. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 292; D. 1986.J.217, note Vasseur.
- Com., 21 mai, 11 déc., 20 nov. 1985, D. 1986.JP.213, note M. Vasseur.
- Com., 5 fév. 1985, *Bull. civ. IV*, n°45.
- Com., 27 nov. 1984, D. 1985.JP.272, note M. Vasseur.
- Com., 17 oct. 1984, *Bull. civ. IV*, n° 265; D. 1985.JP.269, note M. Vasseur.
- Com., 13 déc. 1983, D. 1984.JP.420, note M. Vasseur.
- Com., 20 déc. 1982, D. 1983.JP.345, note M. Vasseur; Gaz. Pal. 1983.I.110, observ. Piédelièvre.
- Com., 20 déc. 1982, J.C.P. éd. G. 1983.IV.79; éd. C.I., II.14001.116, obs. Gavalda et Stoufflet; D. 1983.JP.365, note M. Vasseur; (1983) R.T.D.Co 446, obs. Cabrillac et Teyssié.
- Com., 4 mars 1953, D.

Cour d'Appel

- Paris, 16 avr.1996, D. 1996.IR.165; J.C.P. 1996.Pan.6097
- Paris, 1ère Ch. B, 23 juin 1995, JCP éd.E, 1995.II.735, note de Bachir Georges Affaki.
- Amiens, 3ième Ch. com., 6 janv. 1993, éd. E, pan 745; Juris-Data n° 040297 cité dans Dominique Legeais, J.-Cl. éd Th., fasc. 452., n° 22.
- Paris, 21 fév. 1992, J.C.P. éd. E, 199 Civ. 1^{er}, 17 janv. 1995, D. 1995.JP.213, note Monteiro.
- Paris, 26 sept. 1991, D. 1992.Somm.239.
- Paris, 4ième Ch. A, 6 nov. 1991, Juris-Data n° 024559.
- Paris, 24 oct. 1989, J.P.C. 1990.II.21446, note Jean-Luc Vallens.
- Paris, 12 oct. 1988, D. 1990.Somm.205, obs. M. Vasseur.
- Paris, 15 févr. 1989, D. 1989. Somm. 158, obs. M. Vasseur.
- Paris, 27 juin 1988, D. 1989.Somm.151.
- Paris, 19 mai 1988, D. 1989.Somm.146, obs. M. Vasseur.
- Paris, 25 févr. 1988, D. 1989.Somm.150, obs. M. Vasseur.
- Paris, 17 juin 1987, D. 1988.Somm.245, obs. M. Vasseur.
- Paris, 12 juin 1985, D. 1986.IR.161.

Paris, 22 nov. 1985, D. 1986, I.R. 155.

Paris, 17 janv. 1983, D. 1983.IR.303.

Paris, 24 nov. 1981, J.C.P. 1982.II.19876.

Paris, 22 juin 1978, D. 1979.JP.259, note M. Vasseur;

Versailles, 24 mai 1991, D.S. somm. 309, obs. Vasseur; Versailles, 24 mai 1991, JCP éd. G., 1992.II.21932, note Bottini et Caprioli; Versailles, 24 mai 1991, JCP éd. E., 199.I.302, n°18, note Gavalda et Stoufflet.

Versailles, 24 mai 1991, JCP éd. G., 1992.II.21932, note Bottini et Caprioli.

Première instance

Trib. com. Paris, 30 sept 1992, D. 1994.Somm.24, obs. M. Vasseur.

Trib. Com., Paris, 17 déc. 1990, D. 1991.Somm.194.

Trib. com., Paris, 7 oct. 1988, D. 1989.Somm.145, observ. M. Vasseur;

Trib. Com., Paris, 17e ch., 11 mai 1988, (1988) 4 *J.D.I.* 1026, note Ancel.

Trib. Com. Paris, 1 août 1984, D. 1986, i.r. 159, obs. Vasseur.

Trib. com., Nantes, 22 sept. 1983, et Paris, 14 oct. 1983, D. 1984.IR.202, observ. M. Vasseur

Trib. com., Nantes, 22 sept. 1983, D. 1984.IR.202, observ. M. Vasseur.

Trib. com., Paris, 7 sept. 1983, D. 1987.Somm.17, observ. M. Vasseur.

Trib inst., Paris, 26 janv. 1983, D. 1983.IR.297.

Trib. com., Paris, 8 mars 1976, (1976) *D.M.F.* 558, *Rev. jur. com.* 1977.72, note Le Guidec.

Rapport

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n°17 (A/44/17)*.

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-unième session, *Document officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n°17 (A/43/17)*, par. 18-26.

Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/301).

Sentences arbitrales

Sentence arb. C.C.I. n° 3316, 1976: Clumet 1980, 970, obser. Derain.

Sentence arbitrale C.C.I. 1979, D. 1981, *Inf. rap.* 190, obs. M. Vasseur ; P.

Sentence CCI n°3316, 1979, JDI, Rev. Arb.

Autres

Bruxelles, 5 avr. 1990, D. 1991.Somm.194.

Cour d'appel, A. de Luxembourg, 16 mars 1983, D. 1983.IR.299, obs. M. Vasseur.; (1983) RTDCo 598, obs. Cabrillac et Rives-Lange.

Cour d'appel de Luxembourg, 16 mars 1983, D. 1983.IR.299, obs. M. Vasseur.

Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties aux demande, ICC Publishing S.A. , Paris, P. 2.

Lagarde, note *Rev. crit. dr. internat. privé* 1982, 348.

State Trading Corporation of India v. Ed and F Man (Sugar) Ltd and the State Bank of India.

T. féd. Suisse, 11 janv. 1989, D. 1992. somm. 308, obs. Vasseur.

“*National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL)*”; cité par James G. BARNES, James E. BYRNE, “*Revision of U.C.C. Article 5*” (1995) 50 Bus. L. 1449, 1450-1451.

An Examination of U.C.C. Article 5 (Letter of credit), (1990) 45 Bus. L. 1521.