

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

**LA LETTRE DE CRÉDIT COMMERCIALE :
FACILITÉ DE CRÉDIT DÉSUÈTE OU INCOMPRISSE ?**

par

MARIE-FRANCE BÉLAND

FACULTÉ DE DROIT

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit des affaires (LL.M)

Mars 2009

© Marie-France Béland, 2009



UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL
FACULTÉ DES ÉTUDES SUPÉRIEURES

Ce mémoire intitulé :

**LA LETTRE DE CRÉDIT COMMERCIALE :
FACILITÉ DE CRÉDIT DÉSUÈTE OU INCOMPRIS ?**

Présenté par :

MARIE-FRANCE BÉLAND

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Élise Charpentier, Président-rapporteur

Stéphane Rousseau, Directeur de recherche

Guy Lefebvre, Membre du jury

RÉSUMÉ

Plus de soixante-quinze ans après la création des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* par la Chambre de commerce internationale, pouvons-nous parler d'un véritable succès international de la lettre de crédit commerciale à titre d'instrument de paiement fiable et sécuritaire ? Nonobstant sa triple finalité et l'application formaliste de ses principes d'incessibilité, de stricte conformité et de double autonomie qui ont su, au cours des années, répondre aux besoins résultant de l'évolution du commerce international, il nous semble utopique de parler d'un tel succès. Mais pourquoi ? Confrontées aux réglementations nationales ainsi qu'aux pratiques nationalistes et protectionnistes des états qui ont pourtant adhéré aux *Règles et usances relatives aux crédits documentaires*, la malléabilité de ces règles semble avoir dénaturé la lettre de crédit commerciale de ses principaux attributs. À cet égard, nous pouvons nous demander si la lettre de crédit commerciale est une facilité de crédit désuète ou incomprise ? La présente thèse est le fruit de maintes réflexions sur les problèmes liés à l'application et l'interprétation de la lettre de crédit commerciale à titre d'instrument international et plus particulièrement sur les lacunes des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*.

MOTS CLÉS

LETTRE DE CRÉDIT / CRÉDIT DOCUMENTAIRE / RÈGLES ET USANCES RELATIVES AUX CRÉDITS DOCUMENTAIRES / RUU / LEX MERCATORIA / DROIT INTERNATIONAL / CCI / CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE.

SUMMARY

More than seventy-five years after the creation of the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* by the International Chamber of Commerce, can we talk about a true international success of the commercial letter of credit as a reliable and secured instrument of payment? Notwithstanding its triple functions and the formalistic application of its principles of non-assignability, of strict compliance and of dual autonomy, which have answered the needs resulting from the evolution of international commerce, it seems unrealistic to talk about such success. But why? Confronted with the national regulations as well as nationalist and protectionist practices of the states which have nevertheless ratified the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, the malleability of those rules seems to have been misrepresented of the principal attributes of the commercial letter of credit. In that respect, we can ask ourselves if the commercial letter of credit is an outdated or misunderstood credit facility? The present thesis is the fruit of many reflections on the problems linked with the application and the interpretation of the commercial letter of credit as an international instrument of payment and more particularly, on the gaps of the *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*.

KEY WORDS

LETTER OF CREDIT / DOCUMENTARY CREDIT / UNIFORM CUSTOMS AND PRACTICE FOR DOCUMENTARY CREDITS / UCP / LEX MERCATORIA / INTERNATIONAL LAW / ICC / INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE.

LA LETTRE DE CRÉDIT COMMERCIALE :
FACILITÉ DE CRÉDIT DÉSUÈTE OU INCOMPRISSE ?

TABLE DES MATIÈRES

Résumé – Français	i
Résumé – Anglais	ii
Liste des sigles.....	vi
Liste des abréviations.....	viii
1. INTRODUCTION.....	1
2. DÉVELOPPEMENT.....	6
2.1 L'origine de la Lettre de Crédit et de sa réglementation internationale.....	6
2.1.1 Le développement du commerce international : la création de la Lettre de Crédit.....	6
2.1.1.1 De la Haute-Antiquité au Moyen-Âge.....	6
2.1.1.2 Le Moyen-Âge.....	7
2.1.1.3 De l'Époque moderne à la Période contemporaine.....	10
2.1.2 L'évolution du droit commercial international : la création et l'évolution des RUU.....	12
2.1.2.1 L'idée d'une nouvelle <i>lex mercatoria</i>	12
2.1.2.2 L'uniformisation des droits nationaux : la création des RUU82.....	16
2.1.2.3 L'adaptation des RUU à l'évolution du droit commercial international : les réformes des RUU.....	20
2.1.2.3.1 Les RUU151.....	20
2.1.2.3.2 Les RUU222.....	22
2.1.2.3.3 Les RUU290.....	23
2.1.2.3.4 Les RUU400.....	24
2.1.2.3.5 Les RUU500.....	25
2.1.2.3.6 Les RUU600.....	26
2.1.3 Conclusion.....	27
2.2 Les aspects théoriques de la Lettre de Crédit.....	30
2.2.1 Les principaux attributs de la Lettre de Crédit.....	30
2.2.1.1 La distinction entre la Lettre de Crédit et le crédit documentaire.....	30
2.2.1.2 La triple finalité de la Lettre de Crédit.....	35
2.2.1.3 Les caractéristiques d'une Lettre de Crédit.....	43
2.2.1.3.1 La distinction entre la révocabilité et l'irrévocabilité d'une Lettre de Crédit.....	44
2.2.1.3.2 La distinction entre la confirmation et la notification d'une Lettre de Crédit.....	50

2.2.1.4	Les éléments essentiels à la validité d'une Lettre de Crédit.	56
2.2.1.4.1	L'institution financière émettrice.	57
2.2.1.4.2	Le bénéficiaire.	59
2.2.1.4.3	Le montant et la devise.	60
2.2.1.4.4	La date d'entrée en vigueur et la date d'expiration.	62
2.2.1.4.5	Le lieu et le mode de réalisation.	64
2.2.1.4.6	La loi applicable.	65
2.2.1.4.7	Les documents nécessaires à la réalisation.	70
2.2.1.4.8	L'écrit.	71
2.2.1.5	Conclusion.	73
2.2.2	Les principes fondamentaux de la Lettre de Crédit.	74
2.2.2.1	Le principe d'incessibilité.	74
2.2.2.1.1	La distinction entre le transfert et la cession d'une Lettre de Crédit.	74
2.2.2.1.2	L'exception au principe d'incessibilité : la cession du produit.	80
2.2.2.2	Le principe de la stricte conformité.	82
2.2.2.2.1	La conformité des documents avec les conditions de la Lettre de Crédit.	82
2.2.2.2.2	L'évaluation de la conformité de la présentation.	83
2.2.2.2.3	La conformité de la présentation avec les pratiques bancaires.	89
2.2.2.2.4	La concordance des documents entre eux.	90
2.2.2.2.5	L'exception au principe de la stricte conformité : les variations mineures.	91
2.2.2.3	Le principe de double autonomie : « <i>Pay first, argue later</i> ».	96
2.2.2.3.1	L'autonomie de l'engagement de l'institution financière.	97
2.2.2.3.2	L'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial.	98
2.2.2.3.3	Le paiement contre les documents et non contre les marchandises.	100
2.2.2.3.4	Les exceptions au principe d'autonomie : la fraude et l'ordre public.	102
2.2.2.4	Conclusion.	110
2.3	Les aspects pratiques de la Lettre de Crédit.	113
2.3.1	L'hégémonie des RUU : une utopie ou une réalité ?	113
2.3.1.1	La validité et la force exécutoire des RUU.	113
2.3.1.2	Les RUU peuvent-elles être considérées comme une sorte de règles de <i>lex mercatoria</i> ?	114

2.3.1.2.1	Comment un usage devient-il une règle de <i>lex mercatoria</i> ?	115
2.3.1.2.2	Est-ce que la <i>lex mercatoria</i> est un ordre juridique autonome ?	121
2.3.1.3	Le droit applicable par les tribunaux à une Lettre de Crédit.	126
2.3.1.3.1	Les conflits entre l'application des RUU et les droits nationaux.	129
2.3.1.4	Conclusion.	131
2.3.2	L'incompréhension de la Lettre de Crédit : un mythe ou une réalité ?.....	133
2.3.2.1	La comparaison entre la Lettre de Crédit et les autres crédits documentaires.	133
2.3.2.1.1	La Standby.	134
2.3.2.1.2	La Garantie Indépendante.	140
2.3.2.1.3	Les conséquences de cette comparaison : le méli mélo dans les décisions judiciaires.	149
2.3.2.2	L'explication de la Lettre de Crédit par un principe de droit national.	153
2.3.2.2.1	Le cautionnement.	153
2.3.2.2.2	La théorie du mandat.	156
2.3.2.2.3	La délégation de paiement.	161
2.3.2.2.4	La stipulation pour autrui.	165
2.3.2.3	Conclusion.	166
3.	CONCLUSION	168
4.	ANNEXES	171
	Annexe A - Questionnaire : La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète ou incomprise ?	171
	Annexe B – Tableau : Les droits nationaux relatifs aux crédits documentaires	182
5.	LES SOURCES DOCUMENTAIRES	200

LISTE DES SIGLES

All E.R.	All England Law Reports
A.L.J.	Australian Law Journal
Bank. L.J.	Banking Law Journal
BCCA	British Columbia Court of Appeal
B.C.J.	British Columbia Judgments database
BCSC	British Columbia Supreme Court
B.F.L.R.	Banking & Finance Law Review
B.L.R.	Business Law Reports
B.R. Alta	Cour du Banc de la Reine de l'Alberta
C.A.	Cour d'appel du Québec
C.A. Man.	Court of Appeal of Manitoba
C. de D.	Cahiers de droit
C.S.	Cour supérieure du Québec
Currents Int'l Trade L.J	Current International Trade Law Journal
D.L.R.	Dominion Law Reports
H.C. Ont.	High Court of Ontario
J.E.	Jurisprudence Express
Lloyd's Rep.	Lloyd's Law Reports
L.Q.	Lois du Québec

L.R.C.	Lois révisées du Canada
N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L	New York Law School Journal of International and Comparative Law
O.J.	Ontario Judgments
QCCA	Québec Court of Appeal
QCCQ	Québec Court
QCCS	Québec Superior Court
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R. du B.	Revue du Barreau
R. du N.	Revue du Notariat
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
R.J.Q.	Revue de jurisprudence du Québec
R.R.A.	Recueils de droit en responsabilité et assurances
Tulane L. Rev	Tulane Law Review
W.W.R.	Western Weekly Reports

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CCI :	Chambre de commerce internationale
Code civil :	<i>Code civil du Québec</i>
Contrat Commercial :	Contrat commercial sous-jacent
Convention des Nations Unies :	<i>Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by</i>
Crédit :	Expression définie à l'article 2 RUU600 comme étant « <i>tout arrangement, quelle que soit sa dénomination ou sa description, qui est irrévocable et qui constitue un engagement ferme de la banque émettrice d'honorer une présentation conforme</i> »
EDC :	Exportation et développement Canada
ERUU :	<i>Supplément aux Règles et Usances uniformes relatives aux Crédits documentaires pour une Présentation électronique</i>
Garantie Indépendante :	Garantie indépendante irrévocable exclusivement documentaire
ISPB :	<i>International Standard Banking Practice for the examination of documents under Documentary Credits</i>
Lettre de Crédit :	Lettre de crédit commerciale
Présentation Conforme :	Expression définie à l'article 2 RUU600 comme

étant « une présentation qui est en conformité avec les termes et conditions du crédit, les dispositions applicables de ces règles et les pratiques bancaires internationales standard »

Questionnaire :	Questionnaire relatif à l'utilisation et la compréhension de la Lettre de Crédit dont une copie est jointe à l'Annexe A
RAECC :	<i>Regulations Affecting Export Commercial Credits</i>
RPIS98 :	<i>Règles et pratiques internationales relatives aux Standby</i>
RUECC :	<i>Uniform Regulations on Export Commercial Credit</i>
RUGD :	<i>Règles uniformes relatives aux garanties sur demande</i>
RUU :	<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (expression utilisée au sens général c'est-à-dire sans référence à une publication particulière)</i>
RUU82 :	<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (Publication N° 82, 1933)</i>
RUU222 :	<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (Publication N° 222, 1962)</i>
RUU290 :	<i>Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (Publication N° 290, 1974)</i>
RUU400 :	<i>Règles et usances uniformes relatives aux</i>

crédits documentaires (Publication N° 400, 1983)

RUU500 : *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (Publication N° 500, 1993)

RUU600 : *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (Publication N° 600, 2007)

Standby : Lettre de crédit standby

UCC : *Uniform Commercial Code*

LA LETTRE DE CRÉDIT COMMERCIALE : FACILITÉ DE CRÉDIT DÉSUÈTE OU INCOMPRISSE ?

1. INTRODUCTION

« The American National Committee thought that the International Chamber of Commerce could render a practical service to international trade by seeking to obtain uniformity in this matter. »⁽¹⁾.

Plus de soixante-quinze ans après la création des RUU par la CCI, pouvons-nous prétendre qu'il était utopique de demander à cet organisme du domaine privé d'obtenir l'uniformité dans l'utilisation et l'application de la Lettre de Crédit au sein du commerce international ?

En fait, pour qu'un usage ou une pratique devienne une coutume, l'usage ou la pratique doit être reconnu à titre de coutume. Certains auteurs vont dire qu'il faut un élément psychologique qui fera de cet usage ou pratique, une coutume obligatoire⁽²⁾. La Lettre de Crédit est une pure création des usages et pratiques pour répondre aux besoins du commerce international. Un usage qui est certes devenu avec les années une coutume obligatoire, mais l'est-elle toujours ?

La Lettre de Crédit est sans aucun doute aujourd'hui un instrument de paiement indispensable et omniprésent dans le commerce international⁽³⁾. Sa force réside certainement dans l'application formaliste de ses principes fondamentaux, à savoir les principes d'incessibilité, de stricte conformité et de double autonomie ainsi que dans sa triple finalité ; la Lettre de Crédit sert non seulement d'instrument de paiement, mais également de financement et de sûreté indépendante. Bien que cet instrument de paiement semble a priori simple : la Lettre de Crédit est un type de crédit documentaire en vertu duquel un importateur (acheteur) ordonne à une

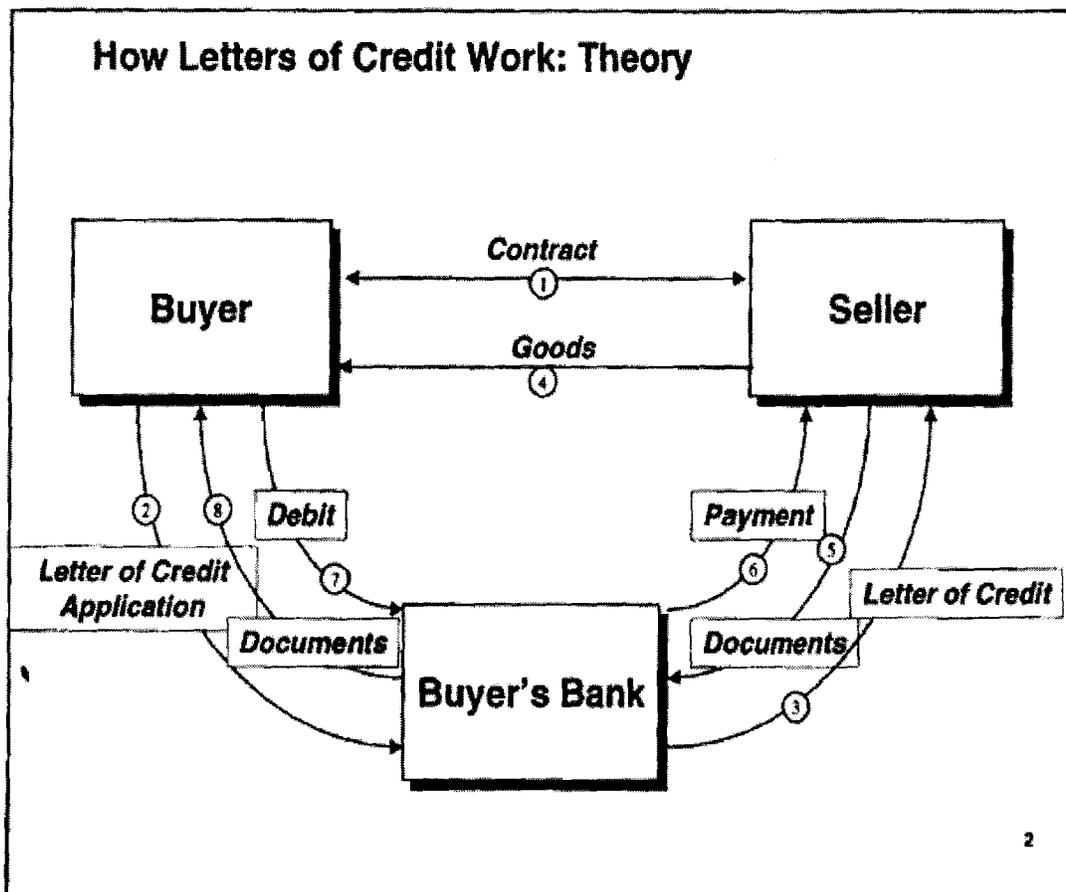
(1) Partie de texte du rapport du 4e congrès de la CCI à Stockholm en 1927. Cette partie de texte a été reprise dans Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication N°683, p. 7.

(2) Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p.139.

(3) Burton V. McCULLOUGH, *Lettre de crédit*, feuilles mobiles, Lexis Nexis Matthew Bender, 2005, p. 4.01[5].

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

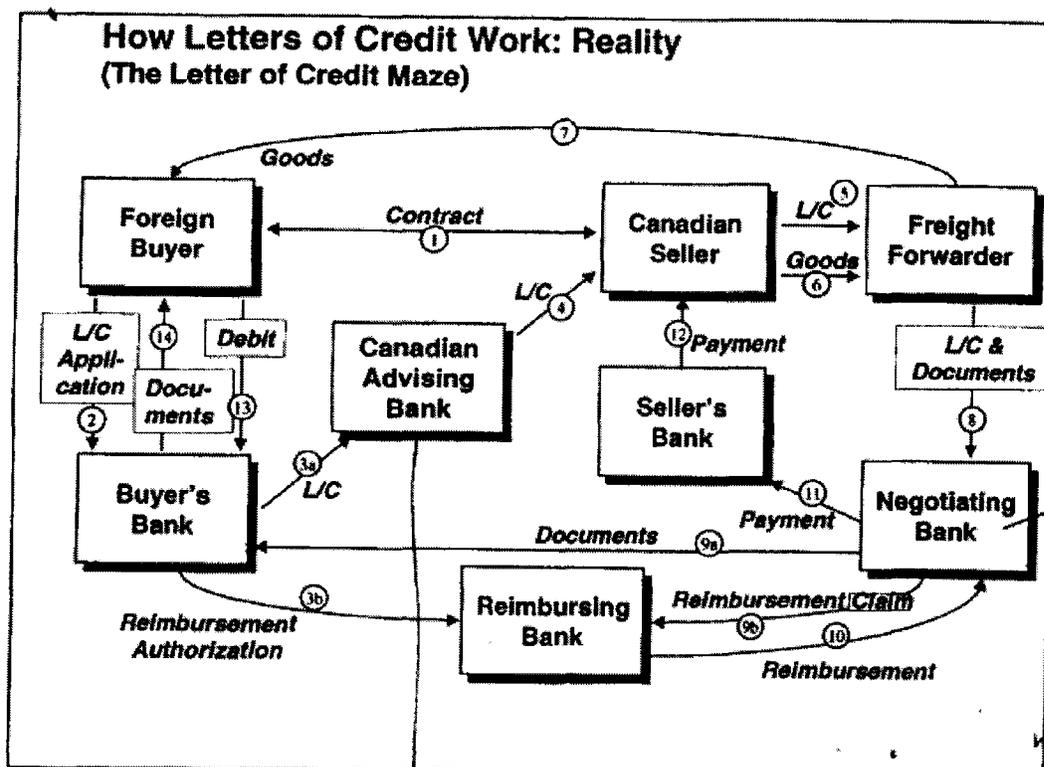
institution financière émettrice d'émettre un Crédit où l'exportateur (vendeur) est l'unique bénéficiaire et dont le paiement se fait suivant l'échange de certains documents, il est difficile de l'expliquer juridiquement⁽⁴⁾ :



et de comprendre son application⁽⁵⁾ :

⁽⁴⁾ Conférence : « *Letters of Credit from the Basics to the Advanced* », June 22, 2001, ABN Amro Bank, p. 2.

⁽⁵⁾ Conférence : « *Letters of Credit from the Basics to the Advanced* », June 22, 2001, ABN Amro Bank, p. 11.



Puisque cette incompréhension de la Lettre de Crédit n'est pas sans conséquence, pouvons-nous parler d'un véritable succès international de la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement fiable et sécuritaire ?

Pour tout civiliste, le succès international d'un instrument ne peut dépendre que de l'existence de règles le légiférant bénéficiant d'une compréhension commune et d'une application uniforme et ce, à l'échelle mondiale. Or, les RUU ne semblent pas bénéficier d'une telle compréhension commune et application uniforme. À cet égard, nous nous permettons de nous questionner à savoir, si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit désuète ou incomprise ? Le but de la présente thèse n'est pas d'arriver à une conclusion sur cette question bien qu'il en soit son sujet, car à quoi nous servirait de savoir si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit désuète ou

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

incomprise si ce n'est que de déterminer si nous devons revoir son application. La demande pour un instrument de paiement fiable et sécuritaire dans le commerce international est pourtant toujours d'actualité et si la Lettre de Crédit ne peut répondre à cette demande, devons-nous créer un nouveau type d'instrument de paiement international ?

À la différence des autres thèses qui se veulent davantage théoriques⁽⁶⁾, la présente est le fruit de maintes réflexions sur l'utilisation et l'application de la Lettre de Crédit et sur son efficacité au niveau international. Dans un premier temps, nous avons cru judicieux de faire un survol de l'évolution du commerce international et plus précisément des étapes qui ont fait de la Lettre de Crédit une coutume obligatoire ainsi que celles ayant mené à sa réglementation internationale par la CCI. Cette première étape nous permettra d'examiner si la Lettre de Crédit répond toujours aux besoins du commerce international et le cas échéant, quelle influence ces besoins ont sur l'utilisation et l'application de la Lettre de Crédit dans le commerce international.

Dans un deuxième temps, nous allons étudier certains aspects théoriques de la Lettre de Crédit et de sa réglementation internationale. De par cette seconde étape, nous essayerons de découvrir pourquoi les RUU n'ont pas conféré à la Lettre de Crédit l'uniformité tant recherchée par l'évolution du commerce international. Pour appuyer et nuancer nos réflexions sur le sujet, nous avons distribué à plus d'une vingtaine de directeurs d'institutions financières, dirigeants et administrateurs d'entreprise, directeurs de sociétés gouvernementales et juristes provenant de divers continents à savoir, de l'Amérique du Nord⁽⁷⁾, de l'Europe⁽⁸⁾ et de l'Afrique⁽⁹⁾, un

⁽⁶⁾ L'auteur reconnaît qu'il n'a pas étudié tous les ouvrages de doctrine et les jurisprudences relatifs à la Lettre de Crédit, puisque tel n'était pas le but de la présente thèse.

⁽⁷⁾ Du Canada et des États-Unis.

⁽⁸⁾ De la France, de la Grande Bretagne, de la Suisse, de la République Tchèque, de la Pologne et de l'Allemagne.

⁽⁹⁾ De l'Égypte et de l'Afrique du Sud.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Questionnaire sur l'utilisation et la compréhension de la Lettre de Crédit⁽¹⁰⁾. Notons que certains répondants ont préféré discuter avec nous de l'utilisation et de la compréhension de la Lettre de Crédit plutôt que de répondre au Questionnaire et cela dû à leur appréhension à y répondre. Nous devons tout de même admettre que les questions du Questionnaire semblent, à priori, simples, mais en réalité, elles déséquilibrent le répondant dans un univers où règne une certaine confusion et incertitude quant aux principes élémentaires de la Lettre de Crédit. Bien que ces résultats et discussions nous aient été fort profitables pour aller au delà de nos yeux de juriste et comprendre la réalité de cette confusion et incertitude entourant la pratique liée à la Lettre de Crédit, nous n'accordons aucune valeur significative aux résultats obtenus et discussions, considérant que l'échantillonnage utilisé n'est pas représentatif de la population.

Dans un troisième temps nous allons observer quelles sont, en pratique, les conséquences du manque d'uniformité et de l'incompréhension de Lettre de Crédit et des RUU et ce, à la lumière de nos réflexions sur le sujet et des réponses obtenues au Questionnaire. Par cette troisième étape, nous essayerons de répondre à une question qui nous est présentement sans réponse à savoir, si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit désuète ou incomprise.

Pour conclure, nous tenterons de prédire quelles sont les perspectives de la Lettre de Crédit et de son utilisation à titre d'instrument de paiement international.

⁽¹⁰⁾ Notons que les connaissances des répondants au Questionnaire provenaient de différentes sources telles, la formation académique, les conférences sur le commerce international, les explications des institutions financières lors de l'émission de Lettres de Crédit et, dans la majorité des cas, de l'expérience acquise dans le cadre du travail.

2. DÉVELOPPEMENT

2.1 L'origine de la Lettre de Crédit et de sa réglementation internationale.

Le succès international d'un instrument commercial qu'est la Lettre de Crédit ne peut dépendre, selon nous, que de l'existence de règles le légiférant qui bénéficient d'une compréhension commune et d'une application uniforme et ce, à l'échelle mondiale. Cette nécessité d'avoir de telles règles fixant les usages et coutumes liés à la Lettre de Crédit n'est pas apparue du jour au lendemain. Force est de constater que ce besoin d'uniformité est en étroite relation avec l'évolution du commerce international et qu'il doit inévitablement y répondre.

Dans la présente section, nous allons tout d'abord faire un survol historique de l'évolution du commerce international et plus précisément des étapes qui ont fait de la Lettre de Crédit une coutume obligatoire ainsi que sur celles ayant mené à sa réglementation internationale par la CCI. Ensuite, nous allons essayer de déterminer si la Lettre de Crédit et les RUU ont su s'adapter à l'évolution du commerce international et le cas échéant, si elles répondent toujours aux nouveaux besoins résultant de cette évolution.

2.1.1 Le développement du commerce international : la création de la Lettre de Crédit.

2.1.1.1 De la Haute-Antiquité au Moyen-Âge.

Le commerce international ne date pas d'hier. Sous sa forme maritime, il est apparu à la période de la Haute-Antiquité⁽¹¹⁾. Ce sont surtout les Phéniciens, grands navigateurs et commerçants d'origine cananéenne, qui ont constitué la première civilisation commerciale en fondant de nombreux comptoirs, vers les années 3 000

⁽¹¹⁾ La période de l'Antiquité, y compris celle de la Haute-Antiquité, s'étend approximativement des années 3 500 avant J.C. jusqu'en 476 ; chute de l'Empire Romain.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

avant J.-C., en bordure de la Méditerranée⁽¹²⁾, notamment à Carthage. Carthage, grande ville de la civilisation phénicienne, se heurta promptement à Rome dont la puissance commençait à naître en Italie. Carthaginois et Romains se disputèrent le commerce méditerranéen occidental jusqu'à la signature, dans les années 348-308 avant J.-C., d'un traité relatif au partage des zones commerciales. Il s'agirait, historiquement, du premier grand traité du commerce international⁽¹³⁾.

Durant l'Antiquité, devant les besoins sans cesse croissants liés aux transactions commerciales notamment face aux Pérégrins⁽¹⁴⁾, les Romains créèrent une véritable organisation du commerce par l'élaboration du *jus gentium*⁽¹⁵⁾. Le *jus gentium* est à la fois un droit naturel et international considéré comme étant une des premières tentatives de résolution des rapports commerciaux entre les Romains et les non-citoyens romains par le jeu de règles de droit matériel. Ces règles normalisaient les opérations bancaires entre les Romains et les non-citoyens romains et plus particulièrement les opérations de change⁽¹⁶⁾ résultant de l'utilisation par les non-citoyens romains de leurs devises pour contracter avec les Romains.

2.1.1.2 Le Moyen-Âge.

À partir du XI^e siècle, le commerce international qui s'était stabilisé depuis la période de l'Antiquité, reprit de l'ardeur. Les villes de l'Italie du Nord telles Venise, Pise, Gênes, et plus tard Florence⁽¹⁷⁾, monopolisèrent le commerce méditerranéen et instaurèrent entre elles un réseau d'échanges. Or, ces échanges regroupant diverses pratiques locales commerciales entraînaient des complications au niveau de la compétence judiciaire et législative régissant les rapports de droit entre les

⁽¹²⁾ Les Phéniciens vont vendre et échanger le long de la Méditerranée des denrées alimentaires telles du vin, de l'huile, des céréales ainsi que des minerais dont le cuivre, l'argent et l'étain afin d'écouler leur surplus de marchandises.

⁽¹³⁾ Hugues KENFACK, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2002, p.1.

⁽¹⁴⁾ L'expression « Pérégrin » signifie un non-citoyen romain.

⁽¹⁵⁾ Traduction en latin de « Droit des gens » et signifiant le droit des nations.

⁽¹⁶⁾ Claude EMANUELLI, *Droit international public*, La collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p.1-2.

⁽¹⁷⁾ Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 6.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

divers commerçants. Pour remédier à ces complications, les villes d'Italie du Nord créèrent les premiers tribunaux commerciaux spécialisés pour juger à la fois les Romains et les commerçants étrangers. Ce sont également les juristes de ces villes dont Bartolus de Saxoferrato et Baldus de Ubaldis⁽¹⁸⁾ qui ont, pour la première fois, élaboré une théorie des conflits de lois : la « théorie des statuts ». La particularité de cette théorie est qu'elle est un droit des conflits unifié dépassant le simple particularisme juridique⁽¹⁹⁾. L'élaboration de la théorie des statuts marqua une étape majeure pour l'évolution du droit commercial international et c'est la raison pour laquelle les villes de l'Italie du Nord sont considérées le berceau du droit commercial international.

Plusieurs facteurs ont permis au droit commercial international de se développer au cours du Moyen-Âge⁽²⁰⁾ mentionnons, les croisades, l'Église catholique et le développement des foires. Les croisades, pèlerinages armés prêchés par le pape, financés et exécutés par la noblesse d'Occident sont à l'origine de ce que nous pouvons qualifier de « grand commerce international » et ce, par la création d'une route Ouest/Est de l'Occident méditerranéen vers les lieux saints. Cette route a non seulement permis l'expansion des échanges commerciaux, mais également l'apparition des banquiers pour encadrer ces échanges. L'Église catholique, quant à elle, en essayant de moraliser certaines opérations telle la prohibition canonique du prêt à intérêt⁽²¹⁾, a contribué de façon indirecte à la formation d'un droit commercial uniforme commun aux pays chrétiens. Quant au développement des foires⁽²²⁾ en Allemagne, dans les Flandres et en Champagne, il a introduit un caractère « international » au commerce et ce, par la diversité des marchands étrangers qui y

⁽¹⁸⁾ Karl KREUZER, *La propriété en droit international privé*, Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye 1996, vol. 259, p.30.

⁽¹⁹⁾ Karl KREUZER, *La propriété en droit international privé*, Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye 1996, vol. 259, p.30.

⁽²⁰⁾ La période du Moyen-Âge s'étend approximativement des années 476 à 1 453 ; chute de l'Empire Byzantin.

⁽²¹⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p.110.

⁽²²⁾ Les foires sont des regroupements périodiques de marchands d'horizons divers. Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p.110.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

participaient. Ces marchands étrangers recherchaient un droit qui leur était propre, uniforme et qui s'imposait à tous les participants des foires et ce, peu importe où ces foires étaient situées. Pour reprendre les propos du professeur Philippe Kahn, la « loi des marchands » s'est développée et a fait son apparition « (...) *dans les grandes foires pour faire place à la territorialité absolue du droit féodal qui présentait trop d'insuffisance et de rigidité pour des relations rapides et fugitives relevant de souverainetés diverses.* »⁽²³⁾. De ces foires est née la *lex mercatoria*⁽²⁴⁾.

La *lex mercatoria* du Moyen-Âge consistait en un ensemble de règles coutumières reconnues par les marchands et appliquées par les tribunaux, alors composés de juges marchands⁽²⁵⁾. À défaut de se soumettre à un jugement d'un de ces tribunaux, le marchand était identifié et banni de ces foires. C'est ainsi que s'effectuait l'exécution forcée des jugements des juges marchands et que la *lex mercatoria* s'est vue conférer un caractère de juridicité. L'auteur William Tetley aborde la juridicité de cette « loi des marchands » en mentionnant :

« (t)he Law Merchant, including maritime law, thus constituted a legal system, with rules and institutions of its own, which relied upon codified principles in the civilian manner, and which was burdened with little conflict of laws because of its Europe-wide character. Even in England, it was transnational, essentially civilian *jus commune* Admiralty sitting at Doctors' Commons in London. »⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 416.

⁽²⁴⁾ La *lex mercatoria* du Moyen-Âge doit se distinguer de la *lex mercatoria* moderne. À ce sujet, voir la section 2.1.2.1.

⁽²⁵⁾ Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill* 413.

⁽²⁶⁾ William TETLEY, « Mixed Jurisdictions : Common Law vs Civil Law (codified and uncoded) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 591, 885, tel que cité dans Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 434.

2.1.1.3 De l'Époque moderne à la Période contemporaine.

De l'Époque moderne⁽²⁷⁾ au XIX^e siècle, cette idée d'un *jus commune* fut progressivement abandonnée pour faire place à un nationalisme juridique, lequel nationalisme serait à l'origine de l'arrivée en force des règles de droit international privé⁽²⁸⁾. Notons que ce nationalisme juridique répondait parfaitement au ralentissement du commerce international de cette époque dû notamment aux famines, aux guerres, au retour de la peste et à l'évolution de l'idéologie individualiste.

Au tournant du XIX^e siècle⁽²⁹⁾, la situation commerciale changea ; le système individualiste laissa tranquillement sa place au libéralisme économique. Plusieurs auteurs se sont penchés sur l'évolution du libéralisme économique dont les plus connus sont Adam Smith⁽³⁰⁾ avec sa théorie des avantages absolus⁽³¹⁾ et David Ricardo⁽³²⁾ avec sa théorie des avantages comparatifs⁽³³⁾. Mais la libéralisation du

⁽²⁷⁾ L'époque moderne s'étend du XV^e siècle au XVIII^e siècle.

⁽²⁸⁾ Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 435.

⁽²⁹⁾ Début de la Période contemporaine.

⁽³⁰⁾ Adam Smith (1723-1790).

⁽³¹⁾ Précurseur du libéralisme économique, Adam Smith a, à travers sa théorie des avantages absolus, élaboré sur les bienfaits du libre-échange. Selon ce dernier, tout état a avantage à accroître sa production dans les biens pour lesquels son coût de production est inférieur à celui des autres états : « (...) *all of them find it for their interest to employ their whole industry in a way in which they have some advantage over their neighbours, and to purchase with a part of its produce, or what is the same thing, with the price of a part of it, whatever else they have occasion for.* » : Adam SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), vol. 1, Cannan University of Chicago Press, 1976, p. 478. Dans cette perspective, tous les états doivent se concentrer là où ils ont un avantage absolu sur les autres états.

⁽³²⁾ David Ricardo (1772-1823).

⁽³³⁾ Cette théorie complète la théorie d'Adam Smith en précisant que pour qu'il y ait libéralisation du commerce international, chaque état doit participer au libre-échange et, pour ce faire, chaque état doit accroître sa production là où il a un avantage relatif sur les autres états, c'est à dire là où il est relativement le meilleur comparativement aux autres états. Selon la théorie des avantages comparatifs de Ricardo, chaque état doit, de son propre chef, renoncer à ses avantages les plus faibles afin de se concentrer sur son avantage le plus fort permettant non seulement l'innovation des produits par la spécialisation, mais aussi une participation active de tous les états au commerce international.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

commerce n'est pas sans conséquence. Lors d'une transaction commerciale, l'acheteur et le vendeur sont contraints par plusieurs aléas qu'ils ne peuvent maîtriser ; l'acheteur s'inquiète d'une inexécution contractuelle et le vendeur, quant à lui, s'inquiète de ne pas obtenir paiement pour l'exécution du Contrat Commercial qu'il a effectué. À ces risques contractuels s'ajoutent les risques extérieurs ; les principaux étant les risques politiques, juridiques, commerciaux et monétaires. Inévitablement, ces risques inhérents aux transactions commerciales s'accroissent lorsque la transaction se fait au niveau international et ce, en raison de la distance qui sépare les cocontractants. Ce sont ces risques qui ont accru la demande pour un instrument de paiement qui se devait d'être économique, facile à utiliser, fiable et sécuritaire. Ainsi, des usages et pratiques commerciales⁽³⁴⁾ est née la Lettre de Crédit moderne, telle que nous la connaissons⁽³⁵⁾. Il est important de souligner que

⁽³⁴⁾ John F. DOLAN et Philip Van HUIZEN, « International Rules for Letters of Credit The UCP : A Final Report », (1994) 9 B.F.L.R. 175.

⁽³⁵⁾ Charles MOUMOUNI, « Contrat de crédit documentaire : mirages et écueils d'un instrument de paiement international », (1996) 56 *R. du B.* 521. La Lettre de Crédit est apparue au XIXe siècle. Il semble que la Lettre de Crédit tire son origine de la lettre de paiement utilisée dans les villes italiennes du XIIe et XIIIe siècles. Il règne toutefois une certaine confusion quant à son utilisation ; la lettre de paiement était soit utilisée pour la conversion d'une devise étrangère ou soit comme prolongement du crédit. Les premières formes de lettres de paiement ont rapidement cheminé en des instruments négociables. Plusieurs alternatives s'offraient au bénéficiaire de la lettre de paiement : il pouvait soit la présenter au tiré pour obtenir le paiement en argent comptant ou dans l'éventualité où le tiré était une personne de bonne réputation avec un bon crédit, le tiré pouvait soit accepter la traite et la retourner au bénéficiaire pour que ce dernier puisse l'utiliser pour une transaction future ou comme une livraison sécuritaire de l'argent du bénéficiaire ou négocier la traite avec un tiers qui se voyait offrir les mêmes alternatives que le bénéficiaire d'origine. Résultat : dans tous ces cas, le tiré n'avait aucune obligation de payer la traite à moins qu'il procède à son acceptation. Pour remédier à l'absence d'obligation de résultat de la part du tiré de payer la lettre de paiement, les lettres de crédit de l'agent et de l'acheteur furent créées. La lettre de crédit de l'agent était souvent faite au porteur, c'est-à-dire qu'elle n'était pas adressée à un marchand en particulier mais celui qui la possédait en était propriétaire. C'était une promesse écrite qui permettait au négociateur de faire affaires avec un nombre indéfini de marchands. La lettre de crédit de l'agent se distingue de la Lettre de Crédit, puisque la lettre de crédit de l'agent était livrée à l'agent au lieu du vendeur bien avant que le Contrat Commercial ne soit conclu permettant ainsi à l'acheteur de faire face à plusieurs vendeurs potentiels. Bien que le principe de la lettre de crédit de l'agent et la Lettre de Crédit diffère, nous pouvons néanmoins faire un certain rapprochement avec le principe fondamental de la Lettre de Crédit : l'autonomie du Contrat Commercial créateur d'obligations par opposition au paiement de la lettre de crédit. De plus, comme la lettre de crédit de l'agent était au porteur, quiconque contractait avec l'agent pouvait se

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

la Lettre de Crédit n'est pas le fruit d'une œuvre législative, ce qui lui permet d'être plus malléable et de s'adapter facilement aux besoins créés par l'évolution du commerce international. Toutefois, cet avantage n'est pas sans conséquence. Pour reprendre les propos du professeur Charles Moumouni, mentionnons que « (c)e *vide législatif répond bien au besoin de flexibilité des transactions internationales, mais c'est un laisser-aller qui comporte beaucoup de risques pour les partenaires commerciaux.* »⁽³⁶⁾. Un laisser-aller qui va certes à l'encontre de l'application formaliste des principes fondamentaux de la Lettre de Crédit, principes que nous étudierons à la section 2.2.2. Ainsi, de par ses nombreux avantages, la popularité de la Lettre de Crédit s'est rapidement accrue au milieu du XIX^e siècle⁽³⁷⁾ et plus particulièrement en Angleterre en raison de l'omniprésence de ce pays au sein du commerce international⁽³⁸⁾.

2.1.2 L'évolution du droit commercial international : la création et l'évolution des RUU.

2.1.2.1 L'idée d'une nouvelle *lex mercatoria*.

Avec cette idée de libéralisation du commerce s'est développé un intérêt toujours croissant pour la nécessité d'un « droit privé international »⁽³⁹⁾, soit un droit qui

présenter avec la lettre de crédit devant l'émetteur pour demander paiement de celle-ci. La lettre de crédit de l'acheteur ressemblait à la lettre de crédit de l'agent toutefois, à la différence de cette dernière, c'est l'acheteur qui tirait la lettre de crédit. La lettre de crédit de l'agent étant faite au porteur, l'acheteur et le vendeur n'avaient pas d'obligations réciproques et rien ne garantissait à l'acheteur qu'il allait recevoir les biens et rien ne garantissait au vendeur qu'il allait être payé aux termes du Contrat Commercial. Burton V. McCULLOUGH, *Lettre de crédit*, feuilles mobiles, Lexis Nexis Matthew Bender, 2005, p. 4.01[4].

⁽³⁶⁾ Charles MOUMOUNI, « Contrat de crédit documentaire : mirages et écueils d'un instrument de paiement international », (1996) 56 n°4 *R. du B.* 521.

⁽³⁷⁾ Dr. Serguei A. KOUDRIACHOV, « The application of the Letter of Credit form of payment in international Business Transactions », (2001) 10 *Currents Int'l Trade L.J.* 37.

⁽³⁸⁾ Charles MOUMOUNI, « Contrat de crédit documentaire : mirages et écueils d'un instrument de paiement international », (1996) 56 n°4 *R. du B.* 521.

⁽³⁹⁾ Le droit privé international doit se distinguer du droit international privé qui se définit comme étant un ensemble de règles de droit interne applicables aux rapports de nature privée qui présentent un élément d'extranéité tandis que le droit privé international est un droit international applicable nationalement. Claude EMANUELLI, *Droit international public*, La collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 2.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

passerait par l'uniformisation des divers droits privés nationaux. Ce besoin d'uniformisation était la solution envisagée pour parvenir à créer un équilibre international au plan économique. Selon Philippe Kahn, « (...) *les innovations techniques et le développement du commerce international ont fait apparaître plus clairement les insuffisances des droits étatiques et du système institutionnel international.* »⁽⁴⁰⁾. C'est donc pour pallier aux lacunes des droits privés nationaux que certaines organisations professionnelles et entreprises ont élaboré leurs propres règles applicables à leur sphère d'activité. Puisque les échanges et les entreprises elles-mêmes se mondialisaient, ces règles ne pouvaient faire autrement qu'être des règles d'application internationale. Il s'est alors créé des usages locaux, propres à un secteur d'activité économique, ainsi que des pratiques plus généralisées, d'application limitée à la volonté des parties. Reste que « (...) *ce système ne fonctionne que si une solidarité forte existe entre ceux qui s'en réclament ou à qui on l'applique.* »⁽⁴¹⁾.

Le XX^e siècle fut donc marqué par l'émergence de l'idée d'une nouvelle *lex mercatoria*⁽⁴²⁾. Les définitions données de cette nouvelle *lex mercatoria* sont nombreuses⁽⁴³⁾. Au nombre de celles-ci, il convient de rapporter celle de Berthold Goldman qui a consacré deux études fondamentales à la *lex mercatoria*⁽⁴⁴⁾ :

⁽⁴⁰⁾ Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 424.

⁽⁴¹⁾ Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 424.

⁽⁴²⁾ Notons que l'idée d'une nouvelle *lex mercatoria* ne fait pas l'unanimité et fait l'objet d'une controverse dans le monde juridique. La *lex mercatoria* moderne doit se distinguer de la *lex mercatoria* du Moyen-Âge. A ce sujet, voir la section 2.1.1.2.

⁽⁴³⁾ Nous retrouvons également une définition de la *lex mercatoria* dans certaines décisions rendues par des arbitres en matière internationale. Ainsi, dans une affaire où les contractants n'avaient pas prévu la loi applicable à leurs relations et avaient choisi de soumettre leur différend à l'arbitrage du tribunal de la CCI, l'arbitre, après avoir conclu à l'application de la *lex mercatoria*, en donne la définition suivante : « (t)he rules of law and usages of international trade which have been gradually elaborated by different sources such as the operators of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like UNIDROIT and its recently published *Principles of International Commercial Contracts*. ». ICC International Court of Arbitration, numéro 9875, 00.01.1999, tel que cité dans Élise CHARPENTIER,

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (r)ègles transnationales que les partenaires des échanges économiques internationaux se donnaient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent, et par là-même précisent, voire élaborent à leur intention. »⁽⁴⁵⁾

ainsi que celle de l'auteur Keith Highet :

« (w)hat is *lex mercatoria* ? For our present purposes, I would take it to mean more or less the following: The principles of the developing transnational or international law-merchant, capable of being applied by decision makers (judges or arbitrators) as a source of legal rules, in order to give content to decisions, in much the same way that the decision makers would apply a real legal system such as the *lex fori* or the *lex loci arbitri*. »⁽⁴⁶⁾.

Il se dégage de ces définitions que la *lex mercatoria* est conçue comme un ensemble de règles ou de normes spécifiques aux relations économiques internationales et dont l'origine n'est pas étatique en ce que ces règles proviennent d'usances et de coutumes qui ont atteint un certain caractère obligatoire par leur uniformité. Ces règles et normes forment, en quelque sorte, un droit coutumier transnational « obligatoire » permettant à ses bénéficiaires d'échapper à l'emprise de l'ordre privé juridique international, c'est-à-dire à un ensemble de règles ou normes juridiques statiques applicables aux relations internationales et dont l'origine est étatique⁽⁴⁷⁾.

Cette idée d'une nouvelle *lex mercatoria* moderne se manifesta également dans le domaine de la Lettre de Crédit. Avec le déclin de la production européenne et de la

« Les principes d'Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ? », (2005) 26 *C. de D.* 193, 202.

⁽⁴⁴⁾ Berthold GOLDMAN, « Frontière du droit et *lex mercatoria* », (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 177 ; Berthold GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1979) 106 *Journal du droit International* 475.

⁽⁴⁵⁾ Berthold GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1979) 106 *Journal du droit International* 475.

⁽⁴⁶⁾ Keith HIGHET, « The enigma of the *lex mercatoria* », 63 *Tulane L. Rev.* 613, 617.

⁽⁴⁷⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 482.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

livre sterling lors de la Première Guerre mondiale, la participation des États-Unis dans les exportations augmenta considérablement l'utilisation de la Lettre de Crédit⁽⁴⁸⁾ au sein du commerce international. Ainsi, avec l'accroissement de son utilisation, pour que la Lettre de Crédit puisse demeurer un instrument international de paiement fiable et sécuritaire, elle devait inévitablement subir une standardisation de son utilisation et de son application et ce, au niveau mondial.

Plusieurs organisations se sont penchées sur la codification des usages et coutumes réglementant l'utilisation et l'application de la Lettre de Crédit et ce, afin de promouvoir leurs lois nationales⁽⁴⁹⁾ à l'international. À titre d'exemples, mentionnons les RAECC⁽⁵⁰⁾ adoptées par le New York Commercial Credit Conference en 1920, les règles adoptées par le German Regulative für das akkreditivgeschäft der berliner Stempelvereinigung le 1er janvier 1923⁽⁵¹⁾ ainsi que les *Clauses et modalités applicables aux ouvertures de crédits documentaires*⁽⁵²⁾ adoptées le 14 janvier 1924 par l'Union syndicale des banques de Paris et de la Province, prédécesseur de l'Association professionnelle des banques. Bien qu'aucune de ces règles ne fut

⁽⁴⁸⁾ Notons que le *Federal Reserve Act* du 23 décembre 1913 permettait aux banques américaines d'émettre des Lettres de Crédit.

⁽⁴⁹⁾ Selon Dan Taylor, dans les années 1920, les États-Unis, l'Argentine, la Tchécoslovaquie, le Danemark, la France, l'Allemagne, l'Italie, la Norvège et la Suisse avaient leurs propres règles nationales régissant les crédits à l'exportation. Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 13.

⁽⁵⁰⁾ Les RAECC ont été adoptées par les 34 banques qui avaient participé à son élaboration. Le 16 janvier 1924, le International Financial Services Association, le successeur du New York Bankers Commercial Credit Conference (maintenant connu sous le nom International Financial Services Association), fut créé pour réviser les RAECC. La version révisée des RAECC fut adoptée le 26 mai 1926 et elle est entrée en vigueur le 1er juin 1926 pour les banques américaines y ayant adhéré. À ce sujet, voir Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication N° 683, p. 11; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 10.

⁽⁵¹⁾ Rolf A. SCHÜTZE et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication N° 633, 2001, p. 11; E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 37; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 10.

⁽⁵²⁾ Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 10.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

reconnue internationalement⁽⁵³⁾, les RA ECC étaient assurément les règles les plus répandues de l'époque. En fait, les banques américaines ont participé grandement à l'internationalité indirecte des RA ECC, car elles assujettissaient tous les crédits documentaires qu'elles émettaient aux RA ECC et rappelons-nous que les États-Unis étaient très actifs dans les exportations à cette époque⁽⁵⁴⁾. Notons également que plusieurs banques de Copenhague ont adopté le *Joint Regulations Governing the Handling of Documentary Credits Opened with the Principal Copenhagen Banks* et similairement aux RA ECC, les banques de Copenhague assujettissaient leurs règles aux crédits documentaires qu'elles émettaient à l'interne comme à l'international⁽⁵⁵⁾.

2.1.2.2 L'uniformisation des droits nationaux : la création des RUU82.

Pour remédier à ce manque d'uniformité et éviter l'accumulation des droits nationaux codifiant la pratique de la Lettre de Crédit, il fallait confier à une entité objective le mandat de formuler une série de règles permettant l'uniformisation des usages et coutumes entourant l'utilisation et l'application de la Lettre de Crédit au niveau international. Mais à qui allions-nous confier cette tâche ardue ? Le 20 octobre 1926, un rapport fut déposé par le Comité national américain demandant à la CCI de codifier les usances et coutumes relatives aux crédits documentaires⁽⁵⁶⁾ :

« (t)he International Chamber of Commerce could render a practical service to international trade by seeking to obtain international uniformity and

⁽⁵³⁾ Charles BONToux, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 21.

⁽⁵⁴⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 11.

⁽⁵⁵⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 13.

⁽⁵⁶⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 7, 27.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

eliminate many difficulties between bankers and business men by adopting uniform regulations on export commercial credits.»⁽⁵⁷⁾.

Mais pourquoi la CCI ? La CCI est un organisme privé qui, dès sa création en 1919, avait pour mission de faciliter les échanges internationaux à une époque où le nationalisme et le protectionnisme menaçaient gravement le commerce international et ce, dû au ralentissement économique causée par la fin de la Première Guerre mondiale. Ainsi, les banques de Copenhague se réunirent avec les banques américaines pour rédiger une première ébauche de règles applicables aux crédits documentaires à l'exportation : les URECC. Cette ébauche des URECC fut aussitôt transmise aux comités nationaux de la CCI pour fins de commentaires :

« (t)he Committee reported that while they had received excellent comments on the draft, the replies from ICC national committees were not numerous enough to arrive at a « really international result ». They requested that the time for comment be extended to allow other national committees to present their views. »⁽⁵⁸⁾.

Ce n'est qu'en 1929, lors du congrès d'Amsterdam, que la CCI donna ses premiers commentaires sur les URECC⁽⁵⁹⁾. Nonobstant ce désir grandissant d'uniformisation des usances et coutumes relatives à la Lettre de Crédit, la majorité des pays⁽⁶⁰⁾ soulevait toujours maintes objections à ce que les URECC soient appliqués internationalement⁽⁶¹⁾ au détriment de leur réglementation nationale. Pour remédier à cette situation, le Haut Congrès de Washington dont le rôle était d'éliminer les réserves des comités nationaux à instaurer dans leur pratique nationale les URECC,

⁽⁵⁷⁾ ICC Brochure No. 48 Record of Stockholm meeting from 27 June to 2 July 1927 tel que cité dans Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 27.

⁽⁵⁸⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 29.

⁽⁵⁹⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 37.

⁽⁶⁰⁾ Selon Charles BOUTOUX, ce règlement fut immédiatement adopté et appliqué en Belgique et en France. Charles BOUTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 22.

⁽⁶¹⁾ John F. DOLAN and Philip Van HUIZEN, « International Rules for Letters of Credit The UCP : A Final Report », (1994) 9 *B.F.L.R.* 174.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

tint en 1933, le Congrès de Vienne⁽⁶²⁾. Ce congrès marqua une étape importante pour la Lettre de Crédit, car il donna naissance à un accord sur les règles relatives aux crédits documentaires : les RUU82⁽⁶³⁾. Certes, ces règles furent boudées par la majorité des pays⁽⁶⁴⁾, mais nous avons tout de même sauté un échelon ; nous avons désormais des règles et usances uniformes qui s'appliquaient à tout Crédit à moins qu'il soit convenu de façon expresse que ces règles ne s'y appliquent point :

« (t)he provisions, definitions, interpretations, &c. contained in the following Articles are to be understood as uniform directions in regard to Commercial Documentary Credits, applicable exclusively when other express and previously agreed arrangements between the parties do not intervene, and when such contrary agreement is not expressed in the conditions of credits or of Commercial Letters of Credit. »⁽⁶⁵⁾.

À notre grande surprise, les deux grands principes de la Lettre de Crédit⁽⁶⁶⁾ à savoir, le principe de stricte conformité ainsi que le principe de double autonomie étaient déjà présents sous les RUU82 :

« Commercial Documentary Credits are essentially distinct transactions from sale contracts, on which they may be based, with which Banks are not concerned. »⁽⁶⁷⁾ ;

⁽⁶²⁾ An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 10. Il semble que les documents relatifs aux URECC entre 1929 et 1933 ne peuvent être retracés. Dès lors, il est impossible d'y analyser les changements apportés aux URECC qui ont donné naissance aux RUU82. Quoiqu'il en soit, les URECC ont grandement influencé le texte des RUU82. Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 37.

⁽⁶³⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 22; Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 37.

⁽⁶⁴⁾ Les règles furent utilisées en 1933 par les principales banques allemandes, françaises, italiennes, roumaines, suisses, belges, hollandaises et en 1938 par certaines banques américaines. À ce sujet, voir An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 10.

⁽⁶⁵⁾ Article a) des dispositions générales RUU82.

⁽⁶⁶⁾ Les principes fondamentaux de la Lettre de Crédit seront étudiés à la section 2.2.2.

⁽⁶⁷⁾ Article 1 RUU82.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« Banks assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, correctness, genuineness, falsification or legal effect of any documents or papers, or for the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery or value of goods represented thereby, or for the general and/or particular conditions stipulated in the documents, or for the good faith or acts of the consigner or any other person whomsoever, or for the solvency, standing, &c. of the carriers or insurers of goods. »⁽⁶⁸⁾ ;

« Banks assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of cables or telegrams, letters and/or documents, or for delay, mutilation or other errors in the transmission of cables or telegrams, or for errors in translation or interpretation of technical terms, and Banks reserve the right to transmit credit terms without translating them. »⁽⁶⁹⁾ ;

« Banks assume no liability or responsibility for consequences arising out of the interruption of their business either by a decision of a public authority, or by strikes, lockouts, riots, wars, acts of God or other causes beyond their control. On credits expiring during such interruption of business, Banks will be able to make no settlement after expiration, except on specific instructions from their principal. »⁽⁷⁰⁾ ;

« Banks must examine all documents and papers with care so as to ascertain that on their face they appear to be in order (...). »⁽⁷¹⁾.

Toutefois, considérant les distinctions majeures entre les RA ECC et les RUU82, les banques américaines n'ont décidé d'adopter les RUU82 que le 1er octobre 1938, soit suite à l'intégration par la CCI des définitions du *American Foreign Trade Definitions* à la section intitulée « *Guiding Provisions* » des RUU82⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁸⁾ Article 11 RUU82.

⁽⁶⁹⁾ Article 12 RUU82.

⁽⁷⁰⁾ Article 13 RUU82.

⁽⁷¹⁾ Article 10 RUU82.

⁽⁷²⁾ Lorsque les définitions du *American Foreign Trade* ont été amendées en 1941, les RUU82 ont été modifiées pour faire références aux amendements de ces définitions en

2.1.2.3 L'adaptation des RUU à l'évolution du droit commercial international : les réformes des RUU.

2.1.2.3.1 Les RUU151.

Il faudra attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale pour que les transactions internationales reprennent leur envol. Pour contrer au protectionnisme occasionné par le ralentissement de l'activité économique de la Seconde Guerre mondiale, le libre-échange fut la solution envisagée par plusieurs économistes⁽⁷³⁾. Certes, la création de zones de libre-échange par la suppression des tarifs douaniers et des restrictions quantitatives à l'importation a grandement participé à l'évolution du commerce international et indirectement à l'utilisation de la Lettre de Crédit dans le commerce international. Certains auteurs décrivent ce phénomène en disant « (...) *la mondialisation de l'économie étendant ses tentacules dans tous les domaines de l'activité humaine (...)*. »⁽⁷⁴⁾.

Après la Deuxième Guerre mondiale, suite à l'abandon de l'Étalon-or⁽⁷⁵⁾ par l'Angleterre et de l'hégémonie du dollar américain à titre de devise mondiale, les États-Unis sont devenus les principaux fournisseurs de biens ainsi que les plus importants importateurs au niveau international accroissant, par ce fait même, leur utilisation des Lettres de Crédit au niveau international. On dit même que les banquiers américains ont rapidement appris les pratiques des banquiers londoniens relatives aux Lettres de Crédit et que durant cette période⁽⁷⁶⁾ le quasi-monopole de l'Angleterre sur le monde de la Lettre de Crédit est passé aux mains des États-Unis.

1946. Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 50.

⁽⁷³⁾ http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact3_f.htm.

⁽⁷⁴⁾ Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 435.

⁽⁷⁵⁾ En anglais, « *Gold Standard* » est un système monétaire dont l'unité de compte est l'or.

⁽⁷⁶⁾ L. Kay TWIFORD, « The Standby Letter of Credit : Valuable but still uncertain instrument in international business transaction », (1979-1980) 2 *Hous. J. Int'l L.* 167, 174 ; Nicolas L. DEAK, « Letters of credit : Documentary credit », (1980-1981) 2 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 229, 230.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Avec l'accroissement des transactions commerciales, il devint primordial de réviser les RUU82, car bien que la Lettre de Crédit était considérée à cette époque comme une coutume reconnue par la majorité des pays, leur application n'était toujours pas uniforme au niveau international. La CCI décida donc, lors du Congrès de Montreux tenu en 1947⁽⁷⁷⁾, de constituer une Commission de techniques et de pratiques bancaires pour réviser les RUU82. Cette révision se tint le 4 octobre 1951 lors du Congrès de Lisbonne au Portugal⁽⁷⁸⁾ et donna naissance aux RUU151. Soulignons que comme les RUU82, les RUU151 étaient d'application automatique :

« (t)he provisions, definitions, interpretations, etc. contained in the following Articles are to be understood as uniform directions applying to all commercial documentary credits including authorities to pay, accept, negotiate or purchase, unless otherwise expressly agreed. »⁽⁷⁹⁾.

Un des changements majeurs apportés par les RUU151 est la précision quant au principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit ; non seulement le paiement de la Lettre de Crédit ne doit se faire que si les conditions de la Lettre de Crédit sont respectées, mais il doit également se faire qu'en échange de documents et non en échange de la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial⁽⁸⁰⁾. Nul doute que cette précision vient renforcer le principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial.

Les RUU151 connurent un vif succès. Approuvées à l'unanimité par les pays représentés au Congrès de Lisbonne à l'exception de la Grande-Bretagne qui s'abstint de prendre part au vote, les RUU151 furent aussitôt appliquées par les banques et les associations bancaires dans plus de soixante pays⁽⁸¹⁾. Soulignons

⁽⁷⁷⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 127.

⁽⁷⁸⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 23.

⁽⁷⁹⁾ *General provisions* RUU151.

⁽⁸⁰⁾ Article 10 RUU151.

⁽⁸¹⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 23.

que les banques américaines commencèrent à utiliser les RUU151 autant pour les Crédits à l'exportation que ceux qui sont à l'importation en 1956⁽⁸²⁾.

L'abstention de la Grande-Bretagne au vote des RUU151 n'était pas surprenant considérant les nombreuses divergences entre les RUU151⁽⁸³⁾ et la coutume anglaise relative aux Lettres de Crédit. À ce sujet, le professeur Charles Bontoux indique :

« (l)'une des raisons principales pour lesquelles les banques anglaises n'adhéraient pas à ces règles était qu'elles préféraient traiter chacun des crédits documentaires qu'elle était amenée à ouvrir selon ses caractéristiques, et de prendre leur décision non pas d'après un code rigide mais en se basant sur les faits d'un cas précis et de les résoudre grâce à leur expérience et suivant la coutume et la législation. »⁽⁸⁴⁾.

2.1.2.3.2 Les RUU222.

Considérant la place prépondérante de la Grande-Bretagne dans le commerce international, cette abstention aux RUU151 n'était pas sans conséquence. Dès lors, afin d'obtenir l'adhérence de la Grande-Bretagne aux RUU, la Commission de techniques et de pratiques bancaires entreprit, en 1957, la révision des RUU151 ; l'optique était d'intégrer la pratique londonienne de la Lettre de Crédit⁽⁸⁵⁾ aux RUU151. Cette réforme donna naissance en 1962 aux RUU222⁽⁸⁶⁾.

Mais n'est-ce pas paradoxal que d'assouplir les règles d'un instrument international de paiement qui se voit fiable et sécuritaire pour obtenir l'adhésion des pays aux

⁽⁸²⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 65.

⁽⁸³⁾ An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 10.

⁽⁸⁴⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 24.

⁽⁸⁵⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 81-82.

⁽⁸⁶⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p.24 ; Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 21.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

règles qui le régularisent ? Nous devons tout de même admettre qu'il n'y a pas eu de changements majeurs apportés aux RUU151 si ce n'est que quelques questions de style et des précisions tel l'ajout de la définition de l'expression « crédit documentaire »⁽⁸⁷⁾. Soulignons que les banques canadiennes n'ont adhéré aux RUU222 que le 2 juillet 1962⁽⁸⁸⁾.

2.1.2.3.3 Les RUU290.

Afin de répondre aux nouveaux besoins du commerce international résultant des changements majeurs suite à l'évolution des transports, les RUU222 devaient subir une autre réforme :

« (c)onsiderable changes have since taken place in international trading and transport techniques. Terms of purchase and sale have swung from the traditional FOB and CIF towards "Delivered to Buyer's Premises", and the through, multi-modal movement of unitized cargo is increasingly competing with the traditional single-mode carriage of break-bulk cargo. Consequential changes have become necessary in documentary credit practice.

Therefore we have taken a careful and critical look at the 1962 rules, amending them as appropriate to fit the 1970's and prepare for the 1980's. The changes made particularly concern the documentary aspects of multi-modal transport and unitized cargoes, the easier production and processing of documents in "short term", and the problem of "stale" documents. »⁽⁸⁹⁾.

Cette réforme des RUU222 donna naissance en 1974 aux RUU290. Sans faire une étude exhaustive des RUU290, puisque les changements apportés par ladite réforme concernent principalement les documents devant être présentés pour constituer une Présentation Conforme et tel sujet ne fait pas l'objet de la présente thèse, notons néanmoins l'ajout d'une précision au principe de la stricte conformité.

⁸⁷⁾ Article (b) des dispositions générales des RUU222.

⁽⁸⁸⁾ André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 30.

⁽⁸⁹⁾ Partie introductive RUU290.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Les documents présentés pour obtenir le paiement de la Lettre de Crédit doivent non seulement être conformes aux conditions de la Lettre de Crédit, mais ils doivent également être concordants entre eux :

« (...) documents which appear on their face to be inconsistent with one another will be considered as not appearing on their face to be in accordance with the term and conditions of the credit. »⁽⁹⁰⁾.

Nul doute, cette précision vient renforcer le principe de stricte conformité de la Lettre de Crédit.

2.1.2.3.4 Les RUU400.

Un changement important dans le commerce international qui aura une incidence directe sur l'évolution des RUU290 est l'accroissement de l'utilisation de la Standby. Rappelons-nous que la version du 3 juin 1984 du *National Bank Act*⁽⁹¹⁾ interdisait aux banques américaines de cautionner directement les obligations de leurs clients sauf pour les opérations dans lesquelles elles avaient un intérêt direct⁽⁹²⁾. Pour contrer cette interdiction, les banques américaines créèrent, au cours des années 1950, une garantie qui, contrairement au cautionnement qui est accessoire à une obligation principale, est autonome par rapport au Contrat Commercial : la « Standby Letter of Credit » ou la « Standby »⁽⁹³⁾. La Standby devint d'utilisation courante aux États-Unis au cours des années 1960⁽⁹⁴⁾ et connut une croissance mondiale au cours des

⁽⁹⁰⁾ Article 7 RUU222.

⁽⁹¹⁾ *National Bank Act*, ch 58, 12 Stat. 665 (1863).

⁽⁹²⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004, p. 289 ; Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade : The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and common Law Jurisdictions*, 3rd revised ed., Kluwer Law International, ICC Publishing S.A., 2004, p. 5-6.

⁽⁹³⁾ La législation japonaise interdisait également aux banques japonaises de cautionner les obligations de leurs clients d'où l'utilisation au Japon de la Standby à cette époque. À ce sujet, voir Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 342.

⁽⁹⁴⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris ICC Publication 683, p. 119.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

années 1970⁽⁹⁵⁾. Puisque les RUU290 s'appliquaient difficilement aux Standbys et ce, en raison des divergences entre ces deux types de crédit documentaires⁽⁹⁶⁾, les banques américaines demandèrent en 1983 à la CCI de réviser les RUU290 afin que ces règles puissent dorénavant s'appliquer aux Standbys. Plusieurs articles des RUU290 furent modifiés afin d'y prévoir l'application des Standbys. Reste, que les rédacteurs des RUU400 avaient conscience que l'application de ces règles aux Standbys n'était pas sans faille d'où l'ajout dans les RUU d'une mention à cet effet : « (...) *including, to the extent to which they may be applicable, standby letters of credit (...)* »⁽⁹⁷⁾. Reste que le changement le plus majeur apporté par les RUU400 est sans aucun doute l'application discrétionnaire et subsidiaire des RUU400⁽⁹⁸⁾ :

« (...) they shall be incorporated into each documentary credit by wording in the credit that such credit is issued subject to Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 1983 Revision, ICC Publication No. 400. »⁽⁹⁹⁾.

Rappelons-nous que les RUU étaient jusqu'à maintenant d'application automatique à moins de mention contraire dans la Lettre de Crédit⁽¹⁰⁰⁾.

2.1.2.3.5 Les RUU500.

Quant à la réforme des RUU400 en 1993, soit les RUU500, elle est le résultat de deux groupes de travail ; l'un qui s'est penché plus particulièrement sur les dispositions relatives au transport et l'autre sur les autres articles en général. Notre comparaison des RUU400 et des RUU500 nous a permis de constater que les changements les plus significatifs pour la présente thèse sont les suivants : le principe de la stricte conformité doit s'évaluer notamment en prenant en

⁽⁹⁵⁾ Ross P. BUCKLEY, « Potential Pitfalls with Letters of Credit », (1996) 70 *ALJ* 217, 227.

⁽⁹⁶⁾ Ces divergences seront brièvement étudiées à la section 2.3.2.1.

⁽⁹⁷⁾ Paragraphe introductif RUU400.

⁽⁹⁸⁾ L'auteur est d'avis que l'article 1 RUU400 est clair en ce qui a trait à l'application subsidiaire des RUU bien que certains auteurs soient d'avis que cette application subsidiaire n'est apparue que sous les RUU500. John F. DOLAN and Philip Van HUIZEN, « International Rules for Letters of Credit The UCP : A Final Report », (1994) 9 *B.F.L.R.* 175.

⁽⁹⁹⁾ Article 1 RUU400.

⁽¹⁰⁰⁾ Nous reviendrons sur l'importance de ce changement à la section 2.2.1.4.6.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

considération les pratiques internationales standard⁽¹⁰¹⁾, l'ajout du principe d'incessibilité de la Lettre de Crédit et de son exception : la cession de son produit⁽¹⁰²⁾, la modification de la présomption que les Crédits sont désormais irrévocables à moins de disposition contraire⁽¹⁰³⁾, l'ajout du principe que l'institution financière négociatrice ne doit pas examiner des conditions indiquées dans le Crédit qui seraient non documentaires⁽¹⁰⁴⁾ ainsi que l'ajout de l'obligation pour l'institution financière négociatrice d'émettre un avis au bénéficiaire lors d'une non conformité de la présentation dans les sept jours de la présentation des documents, lequel avis doit comprendre toutes les irrégularités de la présentation⁽¹⁰⁵⁾ afin de permettre au donneur d'ordre de renoncer à la non conformité des documents⁽¹⁰⁶⁾.

2.1.2.3.6 Les RUU600.

Notamment en raison de l'évolution des pratiques dans le domaine des transports, des banques et des assurances¹⁰⁷, les RUU500 donnaient souvent lieu à des interprétations et des applications contradictoires. Une étude a même démontré que 70 % des documents présentés pour obtenir le paiement d'une Lettre de Crédit étaient rejetés dès leur première présentation, puisque les documents présentés pour paiement ne respectaient pas les conditions de la Lettre de Crédit. Dès lors, il y avait remise en question de la Lettre de Crédit à titre d'instrument international de paiement fiable et sécuritaire. Toutefois, il ne faut pas croire que cette problématique soit apparue du jour au lendemain. Dès octobre 1997, pour contrer les nombreux différends engendrés par l'application et l'interprétation de la Lettre de Crédit, un règlement d'expertise pour la résolution des différends en matière d'instruments bancaires : les DOCDEX⁽¹⁰⁸⁾ fut appliqué. Considérant l'impact négatif de ces problèmes sur la conservation de la Lettre de Crédit dans le commerce

⁽¹⁰¹⁾ Article 13 (a) RUU500.

⁽¹⁰²⁾ Article 49 RUU500.

⁽¹⁰³⁾ Article 6 (c) RUU500.

⁽¹⁰⁴⁾ Article 13 (c) RUU500.

⁽¹⁰⁵⁾ Article 14 RUU500.

⁽¹⁰⁶⁾ Article 14 (c) RUU500.

⁽¹⁰⁷⁾ Introduction RUU600.

⁽¹⁰⁸⁾ Soulignons qu'aucun répondant au Questionnaire ne connaissaient l'existence des DOCDEX.

international à titre d'instrument de paiement fiable et sécuritaire, la CCI autorisa, en mai 2003, la Commission de techniques et de pratiques bancaires à amorcer la réforme des RUU500. Les rédacteurs de la réforme des RUU500 avaient également pour mission d'évaluer si l'incorporation aux RUU de certaines règles créées depuis les RUU500 à savoir, les *Règles gouvernant les remboursements entre les banques*⁽¹⁰⁹⁾, les RPIS98 et les eRUU couvrant les technologies de commerce était possible. Il a été décidé qu'étant donné l'utilisation peu fréquente des eRUU et la nature spécifique de ces publications, l'incorporation de ces règles aux RUU600 n'était point nécessaire. Les plus grands changements apportés par les RUU600 sont notamment : la modification dans le style et le langage utilisés, la création d'un article distinct pour les définitions⁽¹¹⁰⁾ et l'interprétation⁽¹¹¹⁾, l'assouplissement des critères par l'institution financière négociatrice pour procéder au paiement d'une Lettre de Crédit et ce, pour l'examen des documents afin de réduire les rejets de paiement des Lettres de Crédit ; on ne requiert plus des documents parfaitement identiques et la suppression des Crédits révocables⁽¹¹²⁾.

2.1.3 Conclusion.

La Lettre de Crédit, création des usages et pratiques commerciales à titre d'instrument de paiement international fiable et sécuritaire pour répondre aux besoins de l'évolution du commerce international, est incontestablement devenue une coutume obligatoire en ce qu'elle est utilisée mondialement à titre d'instrument de paiement. Toutefois, les RUU ne semblent pas avoir conféré à cette coutume obligatoire une uniformité internationale au niveau de son application et ce, nonobstant le désir de tous les pays ayant adhéré aux RUU d'obtenir une telle uniformité. À cet égard, nous nous permettons de faire une distinction entre le désir d'une uniformité et l'application réelle de cette uniformité en ce que cette application

⁽¹⁰⁹⁾ *Règles et usances relatives aux remboursements de banque à banque*, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 525, 1995.

⁽¹¹⁰⁾ Article 2 RUU600.

⁽¹¹¹⁾ Article 3 RUU600 ; Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 205.

⁽¹¹²⁾ Définition de « crédit » à l'article 2 RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

est confrontée aux mesures protectionnistes et nationalistes notamment accrues en périodes de ralentissement économique. Certes, de par ces différentes réformes, nous constatons que les RUU ne sont pas statiques. Au contraire, elles ont, par leur malléabilité, une volonté et une capacité de s'adapter aux besoins créés par l'évolution du commerce international et plus particulièrement par l'évolution des pratiques dans les domaines bancaires et des transports. Contrairement à ce que plusieurs auteurs prétendent, notre étude des différentes réformes des RUU nous a pourtant permis de constater que ces règles ont beaucoup moins changé contrairement à ce que plusieurs auteurs prétendent⁽¹¹³⁾; les principes

⁽¹¹³⁾ Prenons les exemples suivants :

- Article 5 RUU82 : « *Irrevocable credits are definite undertakings by an opening Bank in favour of a beneficiary. Such undertaking can neither be modified nor cancelled without the agreement of all concerned.* ». À comparer avec l'article 2 RUU600 : « *Credit means any arrangement, however named or described, that is irrevocable and thereby constitutes a definite undertaking of the issuing bank to honour a complying presentation.* » et l'article 10(a) RUU600 « *Except as otherwise provided by article 38, a credit can neither be amended, nor cancelled without the agreement of the issuing bank, the confirming bank, if any, and the beneficiary.* » ;
- Article 1 RUU82 : « *Commercial Documentary Credits are essentially distinct transactions from sales contracts, on which they may be based, with which Banks are not concerned.* ». À comparer avec l'article 4(a) RUU600 : « *A credit by its nature is a separate transaction from the sale or other contract on which it may be based. Banks are in no way concerned with or bound by such contract, even if any reference whatsoever to it is included in the credit (...).* » ;
- Article 11 RUU82 : « *Banks assume no liability or responsibility for the form, sufficiency, correctness, genuineness, falsification or legal effect of any documents or papers, or for the description, quantity, weight, quality, condition packing, delivery or value of goods represented thereby, or for the general and/or particular conditions stipulated in the documents, or for the good faith or acts of the consignee or any other person whomsoever, or for the solvency, standing, & C. of the carriers or insurers of the goods.* ». À comparer avec l'article 34 RUU600 : « *A bank assumes no liability or responsibility for the form, sufficiency, accuracy, genuineness, falsification or legal effect of any document, or for the general or particular conditions stipulated in a document or superimposed thereon ; nor does it assume any liability or responsibility for the description, quantity, weight, quality, condition, packing, delivery, value or existence of the goods, services or other performance represented by any document, or for the good faith or acts or omissions, solvency, performance or standing of the consignor, the carrier, the forwarder, the consignee or the insurer of the goods or any other person.* ».

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

fondamentaux sont demeurés⁽¹¹⁴⁾ bien qu'ils se soient précisés et assouplis avec le temps dans les différentes réformes des RUU. Ce qui a réellement changé, c'est l'application et l'interprétation de ces principes fondamentaux pour répondre aux besoins créés par l'évolution du commerce international. Incontestablement, le droit est évolutif, puisqu'il doit s'adapter pour répondre aux besoins, mais est-ce justement cette évolution du commerce international et un certain retour aux mesures nationalistes et protectionnistes des états qui enfrennent l'uniformité de la Lettre de Crédit au niveau international et qui l'ont en quelque sorte dénaturée ? Mais pourquoi les RUU n'ont-ils pas réussi à créer cette uniformité tant recherchée au sein du commerce international ? C'est ce que nous allons essayer de découvrir dans la prochaine section en nous concentrant davantage sur certains des aspects théoriques de la Lettre de Crédit et des RUU.

⁽¹¹⁴⁾ Dan TAYLOR, *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683, p. 245.

2.2 Les aspects théoriques de la Lettre de Crédit.

Qu'est-ce qu'une Lettre de Crédit ? Voilà une question qui, de prime abord, semble simple, mais qui en réalité donne ouverture à plusieurs réponses. D'ailleurs, les réponses obtenues au Questionnaire nous ont permis de constater que la définition de la Lettre de Crédit diffèrait non seulement d'un pays à un autre, mais également à l'intérieur d'un même pays. Mais comment pouvons-nous expliquer ces différences ? Comment se fait-il qu'un instrument international peut se définir différemment⁽¹¹⁵⁾ d'un pays à un autre, voir d'une personne à une autre dans un même pays, état ou province mais exerçant leur profession dans des domaines différents, domaines qui nécessairement ont un lien étroit avec le commerce international⁽¹¹⁶⁾ ?

Dans la présente section, nous tenterons de définir la Lettre de Crédit et d'énumérer ses principaux attributs et principes fondamentaux. Cette analyse nous permettra de démontrer quels sont les avantages et les faiblesses de la Lettre de Crédit et des RUU et qui sait, peut-être réussirons-nous à découvrir pourquoi les RUU n'ont pas réussi à créer l'uniformité internationale dans l'application de la Lettre de Crédit, une uniformité qui a tant été recherchée au sein du commerce international.

2.2.1 Les principaux attributs de la Lettre de Crédit.

2.2.1.1 La distinction entre la Lettre de Crédit et le crédit documentaire.

La Lettre de Crédit irrévocable est un type de crédit documentaire bien qu'elle soit souvent confondue avec le concept même de crédit documentaire. La doctrine et la jurisprudence semblent passer outre cette distinction et associent ces deux expressions : « (t)he terms « *documentary credit* » and « *letter of credit* » are both in

⁽¹¹⁵⁾ Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., Euromoney Publications PLC, 1997, London, p. 52.

⁽¹¹⁶⁾ Il ressort des réponses obtenues au Questionnaire que la Lettre de Crédit est fréquemment confondue avec la Standby ainsi qu'avec la Garantie indépendante. À ce sujet, voir la section 2.3.2.1.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

current use and no distinction need to be made between them. »⁽¹¹⁷⁾. Certains auteurs sont d'avis que les expressions « crédit documentaire » et « lettre de crédit » sont interchangeables quoique la terminologie utilisée dépend du système de droit dans lequel on se trouve. Selon ces auteurs, l'expression « Lettre de Crédit » est fréquemment utilisée en Amérique du Nord alors que l'expression « crédit documentaire » est plus couramment utilisée ailleurs. Avec respect pour ces auteurs, nous ne pouvons guère soutenir leur position bien que notre étude sur le sujet a démontré une telle tendance à ce que la Lettre de Crédit soit nommée crédit documentaire dans les pays européens⁽¹¹⁸⁾. À notre grande surprise, il ne semble pas qu'un auteur se soit penché attentivement sur la différence entre une Lettre de Crédit et un crédit documentaire. Sans entrer dans les détails du sujet, puisqu'il pourrait faire l'objet d'une thèse complète, nous sommes d'avis que la Lettre de Crédit doit se distinguer du concept de crédit documentaire. Notre raisonnement s'appuie sur la définition de l'expression « Crédit » dans les RUU600.

La CCI a introduit pour la première fois une définition de l'expression « crédit documentaire » sous les RUU222⁽¹¹⁹⁾ sans toutefois donner une définition de l'expression « Lettre de Crédit ». Sous les RUU600, la définition de « crédit documentaire » a été supprimée et on n'y définit l'expression « Crédit »⁽¹²⁰⁾ :

« Crédit » signifie tout arrangement, quelle que soit sa dénomination ou sa description, qui est irrévocable et qui constitue un engagement ferme de la banque émettrice d'honorer une présentation conforme. »⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 2.

⁽¹¹⁸⁾ C'est ce qu'il ressort des réponses obtenues au Questionnaire.

⁽¹¹⁹⁾ Certains auteurs prétendent que l'expression « Crédit » dans les RUU fut introduite pour la première fois lors de la réforme des RUU600. Il est vrai que sous les RUU600, la définition de l'expression « Crédit » fait l'objet d'un article indépendant, mais notre étude sur les différentes réformes des RUU nous a permis de constater qu'il existait une définition de l'expression « Crédit documentaire » dans la section des dispositions générales RUU222.

⁽¹²⁰⁾ L'expression « Crédit » étant lui-même un terme défini à l'article 1 RUU600 pour faire référence aux « crédits documentaires ».

⁽¹²¹⁾ Article 2 RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Cette définition est assez large pour que l'expression Crédit puisse comprendre tout arrangement, quelle que soit sa dénomination ou sa description qui a les deux caractéristiques suivantes : être irrévocable⁽¹²²⁾ et être un engagement ferme d'une institution financière d'honorer une Présentation Conforme. Pour constituer une Présentation Conforme, la présentation doit être en conformité avec les termes et conditions du Crédit, les dispositions applicables des RUU soit, les dispositions des RUU qui n'ont pas été modifiées ou exclues par les parties dans le Crédit⁽¹²³⁾ et les pratiques bancaires internationales standard⁽¹²⁴⁾. La liberté contractuelle étant au cœur des relations commerciales, les parties à un Crédit sont libres de choisir quels termes et conditions donneront ouverture au paiement. Dans le cas de la Lettre de Crédit irrévocable, une de ces conditions est la présentation de documents conformes aux conditions de la Lettre de Crédit. Considérant que la Lettre de Crédit irrévocable répond aux exigences de la définition de Crédit, nous pouvons affirmer qu'elle constitue un crédit documentaire. Toutefois, force est de constater que l'inverse n'est pas vrai ; un crédit documentaire n'est pas une Lettre de Crédit, car pour qu'une Lettre de Crédit soit valide, elle doit comprendre tous les éléments essentiels dont nous discuterons dans la section 2.2.1.4.

Certes, la définition de l'expression Crédit peut s'appliquer à une multitude d'instruments présentement existants ou qui seront créés ultérieurement qui respectent les exigences de la définition de l'expression Crédit dont les plus connus sont la Lettre de Crédit, la Standby⁽¹²⁵⁾ et certains types de Garantie

⁽¹²²⁾ Depuis la réforme des RUU en juillet 2007, tous les Crédits sont irrévocables.

⁽¹²³⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 16.

⁽¹²⁴⁾ Article 2 RUU600.

⁽¹²⁵⁾ L'article 1 RUU600 indique que les RUU s'appliquent à tous les crédits documentaires « y compris dans la mesure où elles seraient applicables aux lettres de crédit standby ». Cette précision n'a pas effet, selon nous, de prétendre que la Standby n'est pas un crédit documentaire, puisque la Standby est comprise dans l'expression « Crédit ». La Standby, tout comme la Lettre de Crédit, a ses propres particularités et c'est notamment la raison pour laquelle la Standby a ses propres règles : les RPSI98. Toutefois, le fait qu'elle ait ses propres règles n'empêche pas que les RUU puissent s'appliquer à la Standby. La Standby et les RPSI98 feront l'objet d'une étude plus approfondie à la section 2.3.2.1.1. Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 2, 18.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Indépendante⁽¹²⁶⁾. Ainsi, puisque cette expression est assez vaste pour comprendre plusieurs types de crédits documentaires, la désignation que les parties font du Crédit a peu d'importance. D'ailleurs, il est assez surprenant de constater que certaines parties qui désirent atténuer leurs engagements modifient l'appellation de leur instrument de paiement, comme par exemple, en les nommant « *garanties bancaires* », « *autorisation de payer contre documents* » ou « *merchant's letter of credit* »⁽¹²⁷⁾ tout en indiquant que les RUU s'appliquent à leur instrument. Nous sommes d'avis que peu importe la terminologie utilisée pour désigner un crédit documentaire, si tel crédit répond aux exigences de l'expression Crédit et si les RUU sont incorporés audit Crédit, les effets seront les mêmes, à moins que les parties aient spécifiquement exclu ou modifié certains articles des RUU⁽¹²⁸⁾. Comme le souligne l'auteur André Boudinot :

« (c) e qui est important, ce n'est donc pas la terminologie et l'emploi du terme « crédit documentaire » « accreditif documentaire » ou « lettre de crédit documentaire », mais le respect des prescriptions de la Publication n° 290 de la CCI et l'indication, sur le document émis, que ces règles s'appliquent intégralement. »⁽¹²⁹⁾.

Maintenant que nous avons démontré que l'expression « Lettre de Crédit » n'était pas synonyme de « crédit documentaire », définissons ces deux expressions. Notre recherche sur le sujet nous a permis de découvrir maintes définitions des expressions « Lettre de Crédit » et « crédit documentaire ». Les définitions données par Charles Bontoux ont attiré notre attention en ce qu'il est probablement un des seuls auteurs à distinguer clairement ces deux expressions. Selon cet auteur, la

⁽¹²⁶⁾ La Garantie Indépendante irrévocable est dite exclusivement documentaire lorsque son paiement ne se fait que sur réception d'un document attestant le défaut. Certains auteurs sont d'avis que ce n'est que la Lettre de Crédit et la Standby qui se réalisent par documents. A ce sujet, voir Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 280.

⁽¹²⁷⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 22.

⁽¹²⁸⁾ Notons qu'aucun répondant au Questionnaire ne savait qu'il était possible d'exclure ou de modifier certains articles des RUU applicables à leur Crédit.

⁽¹²⁹⁾ Article 6 RUU500; André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 23.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Lettre de Crédit est la « (...) *lettre permettant l'utilisation du crédit documentaire suivant des modalités déterminées.* »⁽¹³⁰⁾ alors que le crédit documentaire est :

« (u)ne opération de banque ayant pour objet de faciliter le règlement des importations et consistant en un contrat par lequel une banque s'engage, d'ordre et pour le compte de son client, à régler au bénéficiaire du crédit le prix d'une marchandise contre remise de certains documents. »⁽¹³¹⁾.

La définition de l'expression « crédit documentaire » donnée par Nicolas De Gauttrau mérite également que nous y fassions référence :

« (l)e crédit documentaire peut se définir comme un engagement que prend une banque, agissant sur ordre de l'acheteur (le donneur d'ordre) de payer une certaine somme d'argent au vendeur (le bénéficiaire) dans un délai donné, contre remise de documents énumérés prouvant que le bénéficiaire a exécuté ses obligations résultant du rapport de valeur. »⁽¹³²⁾.

Quant à la définition de l'expression « Lettre de Crédit » donnée par Lazar Sarna et reprise par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Eurosum inc. c. Lignes aériennes Globe Azur inc. (Air club international)*, elle nous semble également pertinente en ce qu'elle est plus précise :

« (a) letter of credit is a letter or notice addressed by the issuer to a beneficiary setting out an undertaking to honour a specified demand for payment made by the beneficiary. In modern practice, the letter of credit transaction involves, as the issuer, a bank or financial institution which issues the credit upon the instructions of the applicant for credit, usually the bank customer, or account party, for the benefit of the third-party recipient or beneficiary. The application and issuance of the credit relates to the

⁽¹³⁰⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire, moyen de paiement et de financement*, Dunod, 1970, p. 110.

⁽¹³¹⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire, moyen de paiement et de financement*, Dunod, 1970, p. 99.

⁽¹³²⁾ Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 13.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

financing of an underlying contract between the applicant for credit and beneficiary, frequently involving a contract for the sale of goods. »⁽¹³³⁾.

Mais pourquoi les expressions « Lettre de Crédit » et « crédit documentaire » sont-elles confondues ? Est-ce parce que les RUU ne contiennent aucune définition de l'expression Lettre de Crédit ? Nous croyons qu'il aurait été restrictif que d'y inclure une définition de l'expression Lettre de Crédit considérant que les RUU s'appliquent à tous les crédits documentaires présentement existants et ceux qui seront ultérieurement créés. D'ailleurs, n'est-il pas le rôle de la doctrine et de la jurisprudence que d'interpréter les RUU et de discerner quels instruments sont inclus dans l'expression Crédit et lesquels ne le sont pas ? Quoiqu'il en soit, cette confusion semble répandue ; les réponses obtenues au Questionnaire ont démontré que ce sont autant les directeurs d'institutions financières, les directeurs de sociétés gouvernementales, les dirigeants et administrateurs de compagnies que les juristes qui confondent ces deux expressions. Quant à nous, nous définissons la Lettre de Crédit comme suit : la Lettre de Crédit, type de crédit documentaire, est un contrat en vertu duquel le débiteur ordonne à l'institution financière émettrice d'émettre un Crédit où le créancier aux termes du Contrat Commercial est l'unique bénéficiaire du montant de la Lettre de Crédit suivant une Présentation Conforme dans les délais requis.

2.2.1.2 La triple finalité de la Lettre de Crédit.

La Lettre de Crédit se distingue des autres instruments de paiement par sa triple finalité. La Lettre de Crédit sert non seulement d'instrument de paiement, mais également de sûreté personnelle indépendante et dans certains cas, de facilité de crédit et ce, autant pour l'importateur (acheteur) que pour l'exportateur (vendeur). La distinction se situe au niveau de l'engagement de l'institution financière émettrice et des risques financiers et juridiques que cette dernière doit supporter dans le cadre de l'émission d'une Lettre de Crédit.

⁽¹³³⁾ J.E. 96-2205 (C.S.) ; Lazar SARNA, *Letters of Credit : The Law and Current Practice*, 3rd ed., Thomson & Carswell, 2002, p.1-1.

*9-1-10
Crawford
v. 1-1-10*

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Le montant faisant l'objet de la Lettre de Crédit peut soit provenir de l'ouverture d'un crédit rotatif offert par l'institution financière émettrice au donneur d'ordre ou soit de la liquidité de ce dernier. Il va de soi que l'engagement de l'institution financière émettrice est accentué si c'est cette dernière qui doit supporter les risques financiers du donneur d'ordre en ouvrant un crédit rotatif. Les termes et conditions relatifs au crédit rotatif auront préalablement été négociés entre le donneur d'ordre et l'institution financière émettrice et feront généralement l'objet d'une convention de crédit⁽¹³⁴⁾. Bien entendu, l'engagement financier d'une institution financière émettrice d'une Lettre de Crédit a un prix. L'institution financière émettrice, lors de l'ouverture d'une Lettre de Crédit, aura l'occasion de percevoir d'importantes commissions et frais du donneur d'ordre et parfois du bénéficiaire, mais ceci s'explique par le degré de risques financiers et juridiques qu'elle doit supporter⁽¹³⁵⁾. Pour contrer ces risques et diminuer les commissions demandées, l'institution financière émettrice peut exiger que les documents requis aux termes de la Lettre de Crédit soient émis à son ordre afin d'avoir un certain gage sur la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial⁽¹³⁶⁾. À défaut d'obtenir un gage sur cette marchandise, l'institution financière émettrice doit non seulement supporter le risque de perdre le montant du crédit rotatif mis à la disposition du donneur d'ordre, mais également la marchandise en cas de faillite ou de difficultés financières du donneur d'ordre.

L'avantage d'utiliser la Lettre de Crédit à titre de facilité de crédit se trouve au niveau de la trésorerie autant du donneur d'ordre que du bénéficiaire. Dans le cas du

⁽¹³⁴⁾ Généralement, l'institution financière émettrice exigera à titre de condition préalable au déboursement du crédit rotatif des sûretés, lesquelles font l'objet d'une disposition dans la convention de crédit. Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 8.

⁽¹³⁵⁾ Charles MOUMOUNI, « Contrat de crédit documentaire : mirages et écueils d'un instrument de paiement international », (1996), 56 n°4 *R du B*.

⁽¹³⁶⁾ H.C. GUTTERIDGE et Maurice MEGRAH, *The Law of Bankers' Commercial Credits*, Europa Publications Ltd., London, 1984. Notons que le type de marchandises peut influencer l'institution financière d'exiger que les documents soient rédigés en son nom en ce que tout dépend de l'expertise dont doit avoir le vendeur de marchandises pour vendre ce type de marchandises dans un délai raisonnable et à bon prix et aussi de la dépréciation de ce type de marchandises.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

donneur d'ordre, ses liquidités sont immobilisées uniquement lorsque l'institution financière aura déboursé les fonds au bénéficiaire, tout comme l'intérêt, et non lors de l'émission de la Lettre de Crédit. Quant au bénéficiaire, il peut négocier avec son institution financière un crédit rotatif lui permettant d'obtenir les liquidités nécessaires pour produire la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial et ce, moyennant une sûreté sur ses comptes à recevoir. Ainsi, considérant que les comptes à recevoir dont le paiement est garanti par Lettre de Crédit sont quasi-automatiques, une institution financière sera plus favorable à mettre à la disposition du bénéficiaire un crédit rotatif d'un montant plus considérable. Le professeur Charles Bontoux résume les bienfaits d'utiliser la Lettre de Crédit à titre de facilité de crédit comme suit :

« (c)'est ainsi que le crédit documentaire permet au vendeur de se procurer éventuellement des facilités de crédit à valoir sur le produit de la marchandise vendue. De son côté, par la garantie des documents payés au vendeur, l'acheteur dispose normalement de la possibilité d'obtenir de la banque émettrice (sa banque) le crédit nécessaire pour franchir la période pendant laquelle voyage la marchandise. »⁽¹³⁷⁾.

Que le montant faisant l'objet de la Lettre de Crédit provienne de la liquidité du donneur d'ordre ou d'une ouverture d'un crédit rotatif, ce montant est souvent assimilé à une sorte de consignation que le bénéficiaire ne pourra retirer que s'il y a Présentation Conforme de la Lettre de Crédit. Cette forme de consignation a pour but de stimuler le bénéficiaire dans l'exécution de ses obligations, puisque le montant dû aux termes du Contrat Commercial lui est quasi-garanti s'il effectue une Présentation Conforme dans les délais requis. Ainsi, le paiement de la Lettre de Crédit ne repose en quelque sorte que sur les épaules du bénéficiaire.

Si le montant de la Lettre de Crédit est provisionné, c'est-à-dire que l'institution financière émettrice exige du donneur d'ordre le dépôt du montant total de la Lettre de Crédit, la Lettre de Crédit ne sera utilisée qu'à titre d'instrument de paiement et

⁽¹³⁷⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, page VII.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

de sûreté personnelle indépendante. Il n'en demeure pas moins que même dans le cas d'un crédit entièrement provisionné, il existe un risque financier pour l'institution financière émettrice et ce, dû au risque de change lorsque la transaction se fait à l'international. Effectivement, bien que le donneur d'ordre ait pris soin de déposer dans un compte bancaire distinct le montant de la Lettre de Crédit, ce montant est généralement dans la devise du donneur d'ordre, laquelle devise n'est pas toujours celle mentionnée à la Lettre de Crédit. Par conséquent, lors du paiement de la Lettre de Crédit, le montant mis en dépôt peut s'avérer insuffisant pour couvrir le montant de la Lettre de Crédit dans la devise y indiquée. Pour éviter cette situation, l'institution financière émettrice pourra soit convenir dans l'entente de l'ouverture de la Lettre de Crédit que le donneur d'ordre s'engage irrévocablement à assurer le risque de change⁽¹³⁸⁾, soit exiger du donneur d'ordre une sûreté pour garantir le risque de change, soit se repayer avec les intérêts accumulés sur la somme mis en dépôt ou soit, tout simplement exiger que le dépôt se fasse dans la devise de la Lettre de Crédit.

La Lettre de Crédit sert également à titre de sûreté personnelle indépendante en ce que l'institution financière émettrice et le cas échéant, l'institution financière confirmatrice, se substitue au donneur d'ordre et s'engage personnellement envers le bénéficiaire à le payer suivant une Présentation Conforme dans les délais requis. Considérant que l'engagement de l'institution financière émettrice et le cas échéant, de l'institution financière confirmatrice envers le bénéficiaire est, en principe, irrévocable et s'ajoute à l'engagement du donneur d'ordre, le bénéficiaire a une plus grande probabilité d'obtenir paiement quoique d'un autre côté, la Lettre de crédit ne résiste pas à la déconfiture financière d'une institution financière⁽¹³⁹⁾. Il est d'ailleurs surprenant de constater que très peu de répondants au Questionnaire savaient que l'automatisme d'une Lettre de Crédit n'échappait pas à la déconfiture financière d'une institution financière. Nous devons tout de même admettre que rares sont les cas où une institution financière négociatrice fait faillite. Reste qu'aucune institution

⁽¹³⁸⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 28.

⁽¹³⁹⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal*, 1998 CanLII 12720 (QC C.A.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

financière n'est à l'abri d'une crise financière. Dès lors, en période de crise économique, tel que nous le vivons présentement, la solvabilité d'une institution financière émettrice et le cas échéant, d'une institution financière confirmatrice d'une Lettre de Crédit est plus que primordiale. Ainsi, avec la faillite de nombreuses institutions financières notamment aux États-Unis, devons-nous remettre en doute l'efficacité de la Lettre de Crédit à titre d'instrument international de paiement fiable et sécuritaire ?

La Lettre de Crédit sert aussi de sûreté personnelle indépendante pour le donneur d'ordre. En effet, le bénéficiaire ne sera payé que s'il exécute une Présentation Conforme dans les délais requis, laquelle présentation fera l'objet d'une vérification objective par l'institution financière négociatrice. Ainsi, le donneur d'ordre a la quasi-certitude que le bénéficiaire a livré la marchandise conformément aux conditions fixées dans la Lettre de Crédit dans la mesure où les documents présentés sont adéquats pour conclure que les obligations aux termes du Contrat Commercial ont été satisfaites. Cette certitude n'est toutefois pas absolue en ce que le donneur d'ordre se trouve à la merci du bénéficiaire qui peut présenter à l'institution financière négociatrice des documents conformes aux conditions de la Lettre de Crédit, mais non authentiques, rendant ainsi l'existence d'une fraude difficile à prouver. De plus, les conditions fixées dans la Lettre de Crédit peuvent avoir été mal négociées par les parties rendant ainsi difficile à confirmer que les obligations aux termes du Contrat Commercial ont été satisfaites.

Mais pourquoi avoir recours à la Lettre de Crédit ? Plusieurs facteurs peuvent inciter un exportateur (vendeur) à exiger une Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement. À titre d'exemples mentionnons : le pays⁽¹⁴⁰⁾, le type d'activité ainsi que la réputation du cocontractant. À certains égards, certains cocontractants peuvent être offusqués que l'autre partie lui exige une Lettre de Crédit dénotant un certain sentiment de méfiance face à ce dernier. Pour d'autres, il est de pratique courante

⁽¹⁴⁰⁾ Certains répondants au Questionnaire nous ont indiqué qu'ils utilisaient les Lettres de Crédit surtout avec leur cocontractants de l'Afrique du Sud et du Moyen Orient considérant qu'il était plus difficile d'obtenir un paiement rapide du Contrat Commercial, notamment en raison des différences de culture et de mentalité.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

que d'exiger une Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement dans leur sphère d'activités⁽¹⁴¹⁾.

La Lettre de Crédit joue également un rôle de répartition des pertes liées au Contrat Commercial entre les cocontractants ; l'exportateur (vendeur) se protège contre une baisse du prix de la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial⁽¹⁴²⁾ tandis que l'importateur (acheteur), quant à lui, se protège contre une hausse de ce prix. De plus, l'exportateur (vendeur) a tout intérêt à exiger le mécanisme de la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement afin de s'assurer que l'importateur (acheteur) achètera sa marchandise et ce, aux conditions négociées préalablement. Pour certains contractants, l'utilisation de la Lettre de Crédit ne se fera que de dernier recours considérant notamment le coût, la lenteur, la complexité et les incertitudes liées à son utilisation⁽¹⁴³⁾. L'auteur André Boudinot invite les cocontractants à agir avec prudence et à ne pas laisser de côté trop rapidement l'utilisation de la Lettre de Crédit :

« (e)n fait, le recours au crédit documentaire à l'initiative de l'acheteur ou de son banquier est trop souvent négligé au profit de procédures primaires incorporant la totalité du risque, soit que l'acheteur de marchandises répugne à autoriser le règlement à son vendeur sur une base documentaire, soit que le banquier lui-même ne possède pas une maîtrise suffisante de cette technique et préfère à tort et au mépris de ses intérêts utiliser la simple

⁽¹⁴¹⁾ Un répondant au Questionnaire nous a indiqué que ses partenaires chinois préféraient utiliser la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement au lieu de montrer à son partenaire ses états financiers et ce, nonobstant les coûts liés à l'ouverture d'une Lettre de Crédit.

⁽¹⁴²⁾ La variation du prix peut notamment provenir du taux de change, du coût des matières premières, du coût des transports et du coût de fabrication de la marchandise ; ces coûts variant de jour en jour et sont donc fixés lorsque les parties établissent le montant de la Lettre de Crédit. Notons toutefois que le montant de la Lettre de Crédit pourra être en quelque sorte variable d'un écart de 20 % du montant de la Lettre de Crédit. À ce sujet, voir la section 2.2.1.4.3.

⁽¹⁴³⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 169.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

avance en compte courant qui ne lui offre, en l'occurrence, aucune possibilité de mobilisation. »⁽¹⁴⁴⁾.

Pour cet auteur, bien souvent l'importateur (acheteur) cache sa mauvaise foi sous la complexité et les coûts bancaires, juridiques et autres liés à l'ouverture d'une Lettre de Crédit qui, bien souvent, ne sont pas proportionnels au montant des Lettres de Crédit émises⁽¹⁴⁵⁾ :

« (c)es exportateurs peuvent se heurter au refus catégorique de leur contrepartie, peu soucieuse d'engager des frais bancaires et conservant parfois l'arrière-pensée de refuser une marchandise commandée si, entre-temps, les prix mondiaux ont baissé, ou d'exiger des rabais au moment du paiement. Mais une telle attitude, généralement masquée sous le fallacieux prétexte de la complexité du crédit documentaire et de son inutilité « entre gens de bonne compagnie », doit précisément inciter le vendeur à la prudence et lui conseiller de maintenir sa prétention, au besoin du négociant. »⁽¹⁴⁶⁾.

Mais est-ce que la Lettre de Crédit est le seul instrument qui assure la protection des exportateurs dans le cadre du commerce international ? De nombreux pays bénéficient d'agences ou d'entités qui sont, généralement, de nature gouvernementale ou paragouvernementale et dont leur mission est de soutenir et de protéger les exportateurs dans le cadre du commerce international. Prenons l'exemple au Canada d'EDC⁽¹⁴⁷⁾ qui est un organisme gouvernemental qui permet aux entreprises canadiennes de mieux gérer les risques liés à l'exportation et à tirer parti des marchés mondiaux. EDC offre un éventail de produits et services de nature à favoriser les activités des exportateurs canadiens en offrant, entre autres, du financement, des garanties et des assurances à ceux qui financent ce type de transactions et de l'assurance-crédit. D'ailleurs, il ressort des réponses obtenues au Questionnaire que dans la majorité des cas, les exportateurs ont recours à

⁽¹⁴⁴⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 22.

⁽¹⁴⁵⁾ C'est ce qu'il ressort des réponses obtenues au Questionnaire.

⁽¹⁴⁶⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 23.

⁽¹⁴⁷⁾ Les informations contenues dans la présente section relatives à EDC proviennent de nos discussions avec des dirigeants d'EDC.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

l'assurance-crédit d'EDC pour contrer aux désavantages de la Lettre de Crédit, tels que son coût et sa complexité. Mais les produits et services offerts par EDC diffèrent d'une Lettre de Crédit et s'apparentent davantage à la Standby en ce que tout comme la Standby, l'assurance-crédit offerte par EDC n'entre en jeu que s'il y a défaut du débiteur et ces deux outils ont pour fonction de garantir le paiement de l'acheteur au vendeur. L'assurance-crédit d'EDC n'a donc pas la fonction de financement que nous retrouvons chez la Lettre de Crédit ; il s'agit plutôt d'un outil de « gestion » des comptes-clients qui s'apparente davantage à la Standby. La distinction principale entre la Standby et l'assurance-crédit d'EDC est l'automaticité du paiement. Alors que le paiement de la Standby se fera généralement suite à la présentation d'un document attestant le défaut du donneur d'ordre, pour obtenir le paiement de l'assurance-crédit d'EDC, il faut rencontrer certaines conditions. Ces conditions vont du paiement des primes requises au dépôt périodique de certaines déclarations de vente et le paiement ne se fera que suivant une demande de réclamation de l'assuré à EDC.

Soulignons qu'EDC peut exiger comme condition de couverture que l'assuré obtienne de son acheteur une Lettre de Crédit. Le paiement de la Standby est beaucoup plus certain que celui de l'assurance-crédit d'EDC en ce qu'il existe certaines exclusions au paiement de l'assurance-crédit d'EDC, lesquelles exclusions sont décrites dans la police d'assurance d'EDC. À titre d'exemple, s'il y a un différend dans le Contrat Commercial. Nous ne retrouvons pas ces exclusions chez la Standby et ce, en raison du principe de son autonomie par rapport au Contrat Commercial. Par ailleurs, le montant réclamé diffère. Dans le cas de la Standby, le bénéficiaire pourra réclamer la totalité du montant de la Standby alors que pour l'assurance-crédit d'EDC, le bénéficiaire ne pourra réclamer qu'environ 90 % de la perte réelle moins la franchise, s'il y a lieu. Il va de soi que l'assurance-crédit d'EDC, bien qu'elle ne soit pas autonome face au Contrat Commercial, permet au bénéficiaire de l'assurance de faire augmenter sa margination auprès de son institution financière.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

EDC offre également de l'assurance à l'égard des Lettres de Crédit. Ces produits d'assurance d'EDC sont de deux types : (i) l'assurance émise au bénéficiaire couvrant le risque qu'une institution financière n'honore pas son engagement de procéder au paiement aux termes d'une Lettre de Crédit, ce risque pouvant provenir notamment de la déconfiture financière de l'institution financière ; et (ii) l'assurance émise à une institution financière contre le risque d'un défaut de paiement par l'institution financière négociatrice, c'est-à-dire lorsque l'institution financière négociatrice procède au paiement de la Lettre de Crédit au bénéficiaire alors que celui-ci n'y aurait pas droit et ainsi, elle ne peut se faire rembourser par le donneur d'ordre. Notons que cette assurance peut également couvrir les défauts de paiement liés à des risques politiques. Ainsi, en cette période de crise économique où de nombreuses institutions financières font faillite, les exportateurs ne devraient-ils pas cumuler la Lettre de Crédit et l'assurance offerte par EDC pour s'assurer du quasi paiement du Contrat Commercial? Reste que le cumul de ces deux outils occasionne des frais non négligeables pour les cocontractants.

Nul ne peut contester que c'est la triple finalité de la Lettre de Crédit qui fait sa puissance à titre d'instrument bancaire international. Toutefois, cette triple finalité ne peut atteindre son apogée que si les attributs et les principes fondamentaux de la Lettre de Crédit sont appliqués avec un formalisme absolu. Quoique pour les appliquer avec un tel formalisme, il faut inévitablement que ces attributs et principes fondamentaux soient de prime abord appréhendés.

2.2.1.3 Les caractéristiques d'une Lettre de Crédit.

L'expression Lettre de Crédit utilisée au sens général comprend plusieurs types de Lettre de Crédit. Sans passer en revue tous ces types, nous allons dans la présente section distinguer les types de Lettre de Crédit qui se différencient par la nature du Crédit à savoir, si le Crédit est révocable ou irrévocable et par la nature de l'engagement de la deuxième institution financière qui intervient à la Lettre de Crédit, soit cette institution financière sera dite confirmatrice ou notificatrice.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

2.2.1.3.1 La distinction entre la révocabilité et l'irrévocabilité d'une Lettre de Crédit.

Avant la réforme des RUU500 en juillet 2007, une Lettre de Crédit pouvait être soit révocable ou irrévocable. À défaut d'une mention dans la Lettre de Crédit à l'effet que la Lettre de Crédit était révocable, elle était présumée irrévocable⁽¹⁴⁸⁾.

L'expression Crédit dans les RUU600 fait désormais référence à un « arrangement irrévocable »⁽¹⁴⁹⁾ et toutes les références aux Crédits révocables y ont été supprimées. Les rédacteurs des RUU600 indiquent clairement que la réforme a mis de côté les Crédits révocables : « (t)he UCP600 definition included the general principle that all documentary credits under the rules are considered to be irrevocable; the concept of revocable documentary credits has been removed from UCP600. »⁽¹⁵⁰⁾.

Est-ce dire que la Lettre de Crédit révocable est définitivement abolie car, en quelque sorte, elle n'est plus régie par les RUU600 ? À cette question, nous répondrons, sans hésitation, que cette nouveauté n'aura probablement aucun impact quant à l'utilisation ou non de la Lettre de Crédit révocable au sein du commerce international. La raison pour laquelle nous arrivons à un tel raisonnement est que certains droits nationaux, notamment ceux de la Russie, de la Bolivie et du Sultanat d'Oman, réglementent spécifiquement les crédits documentaires et sont à l'effet qu'un crédit documentaire est présumé révocable à moins d'indication contraire⁽¹⁵¹⁾. Ainsi, puisqu'en théorie les RUU ne réglementent plus les Lettres de Crédit révocables et que de tels instruments sont utilisés par ces pays, nous croyons qu'ils

⁽¹⁴⁸⁾ Article 3 RUU600 « *Interprétations* ». Il est intéressant de noter qu'avant la réforme des RUU en 1993, les Crédits étaient présumés révocables à moins d'indication contraire. Voir les articles 7 RUU400 et 6 RUU500.

⁽¹⁴⁹⁾ Articles 2 et 3 RUU600.

⁽¹⁵⁰⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 16.

⁽¹⁵¹⁾ Rolf SCHÜTZE et Gabriele FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world Annotated legislation from more than 35 countries*, Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication No. 633, 2001. Voir à ce sujet l'Annexe B « Les droits nationaux relatifs aux crédits documentaires ».

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

favoriseront leur réglementation nationale au détriment des RUU et dès lors, les RUU perdront encore plus de leur uniformité au plan international.

Une autre question nous vient à l'esprit. Bien que les RUU600 fassent référence à un « arrangement irrévocable », est-ce que ces règles peuvent s'appliquer à une Lettre de Crédit révocable ? Nous sommes d'avis que le principe général est à l'effet que la Lettre de Crédit est par nature irrévocable, mais que rien n'empêche les parties de convenir qu'une Lettre de Crédit est révocable si une mention à cet effet est inscrite dans la Lettre de Crédit⁽¹⁵²⁾. Nous sommes conscients que cette interprétation contrevient au formalisme de la Lettre de Crédit et nous préférierions que la Lettre de Crédit révocable soit désormais exclue de l'application des RUU. Toutefois, nous devons prendre en considération que l'application des RUU à une Lettre de Crédit même irrévocable n'est pas automatique, mais dépend de la discrétion absolue des parties. De la sorte, si l'application des RUU à une Lettre de Crédit est discrétionnaire et qu'*a fortiori* les parties peuvent à l'intérieur de la Lettre de Crédit décider d'exclure et même de modifier certains articles des RUU, nous sommes d'avis que les parties pourraient convenir que les RUU s'appliquent à une Lettre de Crédit révocable.

Nous verrons comment la doctrine et la jurisprudence interpréteront la nouvelle définition de l'expression Crédit ; toutefois, force est de constater que les auteurs des RUU600 ne semblent pas vouloir la suppression définitive de l'application des RUU à la Lettre de Crédit révocable. Ces auteurs indiquent :

« (a)s used in UCP600, reference to a documentary credit is always intended to mean an irrevocable documentary credit unless the documentary credit itself states otherwise, even if the documentary credit does not use the term

⁽¹⁵²⁾ Paul Todd est d'avis que les Lettres de Crédit révocables n'ont pas été supprimées du commerce international, mais croit que les RUU600 ne s'appliquent pas à ces dernières. Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 37-38.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

irrevocable. Due to the limited use of revocable documentary credits today, they have been removed from UCP600. »⁽¹⁵³⁾.

Si la Lettre de Crédit révoquée était effectivement exclue de l'application des RUU600 ne serions-nous pas devant un vide juridique quant aux Lettres de Crédit révoquées régies par les RUU qui ont été émises avant juillet 2007 et qui ne sont pas expirées ? Nous verrons comment les tribunaux se pencheront sur la question⁽¹⁵⁴⁾, mais nous sommes d'avis qu'il serait surprenant qu'un tribunal décide d'utiliser une version antérieure des RUU, comme par exemple les RUU500 qui régissaient les Crédits révoquées, pour régler un litige actuel sauf si la Lettre de Crédit fait référence à une version spécifique des RUU.

Voyons tout de même les distinctions entre la Lettre de Crédit irrévocable et la Lettre de Crédit révoquée, puisque tel que nous l'avons précédemment exposé, nous ne croyons pas que la Lettre de Crédit révoquée ait été supprimée définitivement de l'application des RUU600.

La Lettre de Crédit irrévocable signifie qu'elle ne peut pas être modifiée ou annulée sans le consentement de toutes les parties et ce, jusqu'à la date d'expiration de la Lettre de Crédit. L'engagement de l'institution financière négociatrice de payer le bénéficiaire est irrévocable et ce, peu importe la situation financière du donneur d'ordre ou si ce dernier donnait instruction à l'institution financière d'annuler le paiement de la Lettre de Crédit⁽¹⁵⁵⁾. La force de la Lettre de Crédit irrévocable est sans aucun doute qu'il n'existe aucun lien juridique direct entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire aux termes de la Lettre de Crédit ; les liens juridiques étant entre le donneur d'ordre et l'institution financière émettrice, entre l'institution financière émettrice et le donneur d'ordre et entre l'institution financière émettrice et le

⁽¹⁵³⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 26.

⁽¹⁵⁴⁾ Considérant que rien n'est prévu dans les RUU600 quant à un effet rétroactif ou prospectif de cette disposition d'irrévocabilité de tous les Crédits, cette question devra être réglée en fonction d'une interprétation nationale.

⁽¹⁵⁵⁾ Sauf pour motifs de fraude ou d'atteinte à l'ordre public. Ces exceptions au principe de double autonomie de la Lettre de Crédit font l'objet de la section 2.2.2.3.4.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

bénéficiaire⁽¹⁵⁶⁾. Toutefois, admettons que ces liens juridiques sont difficilement explicables par les théories juridiques nationales et qu'il n'est pas surprenant qu'il s'agisse d'un sujet de controverse depuis fort longtemps. Nous discuterons de la problématique relative à la qualification de ces liens juridiques à la section 2.3.2.2.

Quant à la Lettre de Crédit révocable, elle est un engagement révocable d'une institution financière envers un donneur d'ordre de payer au bénéficiaire une Lettre de Crédit suivant une Présentation Conforme dans les délais requis. Il va de soi qu'un tel engagement contrevient à l'automaticité de paiement de la Lettre de Crédit, car il peut être révoqué en tout temps que ce soit par l'institution financière⁽¹⁵⁷⁾, le donneur d'ordre ou le bénéficiaire. En théorie, le motif de révocation d'une Lettre de Crédit révocable n'a guère besoin d'être soulevé⁽¹⁵⁸⁾. Toutefois, si la révocation résulte d'un moyen de défense aux termes du Contrat Commercial, n'est-ce pas contrevenir au principe d'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial ? Bien entendu, le bénéficiaire de la Lettre de Crédit révocable peut poursuivre le donneur d'ordre sur la base de l'inexécution de ses obligations aux termes du Contrat Commercial ; toutefois, il ne peut poursuivre l'institution financière de la Lettre de Crédit pour défaut de paiement, car cette dernière est en droit de révoquer son engagement quand bon lui semble.

Mais pourquoi vouloir utiliser une Lettre de Crédit révocable si l'institution financière peut à tout moment résilier son engagement ? N'est-ce pas contrevenir à l'essence même de l'automaticité de paiement de la Lettre de Crédit ? Dans certaines circonstances, il est préférable d'utiliser une Lettre de Crédit révocable, puisque les commissions exigées par les institutions financières pour émettre de tels Crédits sont inférieures à celles exigées pour une Lettre de Crédit irrévocable. Ceci s'explique par le fait que les risques que l'institution financière d'une Lettre de Crédit

⁽¹⁵⁶⁾ Il existe d'autres liens juridiques aux termes de la Lettre de Crédit lorsque la Lettre de Crédit est confirmée. À ce sujet, voir la section 2.2.1.3.2.

⁽¹⁵⁷⁾ Soulignons toutefois qu'il serait surprenant qu'une institution financière puisse révoquer son engagement aux termes d'une Lettre de Crédit pour quelque motif que ce soit, bien qu'elle puisse le faire en théorie considérant la révocabilité de la Lettre de Crédit.

⁽¹⁵⁸⁾ Mais est-ce que les parties pourraient insérer dans la Lettre de Crédit des conditions à la révocabilité de la Lettre de Crédit ?

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

irrévocable doit assumer sont plus considérables que pour une Lettre de Crédit révocable. Dès lors, la Lettre de Crédit n'est plus utilisée comme un moyen de paiement sécuritaire, mais à titre de moyen de paiement purement et simplement.

Chaque cas est un cas d'espèce et pour prendre une décision réfléchie quant à l'utilisation d'une Lettre de Crédit révocable ou irrévocable, les parties devront spécialement évaluer le niveau de confiance qu'elles ont l'une envers l'autre. À titre d'exemple, une compagnie mère et ses filiales voulant participer à une structure de financement entre compagnies d'une même famille communément nommée en anglais « *inter-company loan* » n'auront pas besoin d'utiliser une Lettre de Crédit irrévocable, car le but recherché par l'utilisation d'une Lettre de Crédit n'est pas de se protéger contre l'autre partie, mais uniquement d'augmenter leurs mouvements de trésorerie⁽¹⁵⁹⁾. Il en sera autre, si l'importateur (acheteur) a un profil financier risqué ou si le pays ou le type d'activités des parties semble de moins bonne réputation. Dans de tels cas, une Lettre de Crédit irrévocable sera généralement demandée par les parties.

Certains auteurs, tels que Boudinot, Stoufflet et Bontoux, alors que les RUU stipulaient que les Lettres de Crédit étaient présumées révocables (avant les RUU500), étaient d'avis qu'une Lettre de Crédit pouvait être révocable, mais que cette révocabilité n'était pas *ad nutum*, c'est-à-dire que la révocation de la Lettre de Crédit se devait d'être raisonnable et justifiée⁽¹⁶⁰⁾. L'auteur André Boudinot s'explique en mentionnant : « (...) *ce qui paraît être condamné, c'est une révocation arbitraire constituant un refus de lever les documents conformes aux instructions de l'ouverture du crédit sous peine de commettre un abus de droit.* »⁽¹⁶¹⁾. Est-ce

⁽¹⁵⁹⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 31. Notons qu'un répondant au Questionnaire nous a indiqué qu'une institution financière n'était pas favorable à émettre une Lettre de Crédit révocable pour une structure d'« *inter-loan company* » considérant que le but recherché par l'émission d'un tel Crédit contrevient à l'essence même de la Lettre de Crédit.

⁽¹⁶⁰⁾ Cet avis a été donné en 1979 alors que les crédits étaient présumés révocables aux termes des RUU290.

⁽¹⁶¹⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 31.

pour éviter les révocations abusives que les RUU ne régissent plus les Lettres de Crédit révocables ?

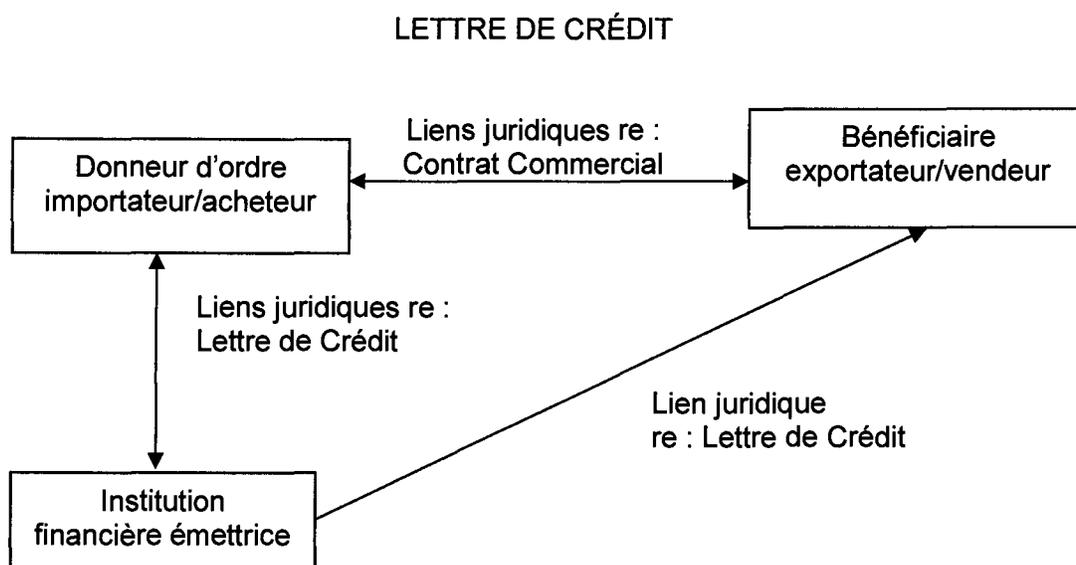
En pratique, quel sera l'impact de la suppression de la Lettre de Crédit révocable de l'application des RUU ? Nous sommes portés à croire que cette suppression passera certainement inaperçue et ce, pour les raisons mentionnées ci-dessus et parce qu'il est de pratique généralisée d'inclure une mention dans la Lettre de Crédit à l'effet qu'elle est irrévocable de peur qu'elle puisse être révocable. Rappelons-nous que la Lettre de Crédit était sous les RUU500 présumée irrévocable et que même à cela, les parties, par mesure de protection, exigeaient l'inclusion d'une telle mention d'irrévocabilité dans la Lettre de Crédit. Soulignons également qu'aucun répondant au Questionnaire n'était au courant de la suppression de l'application des RUU à la Lettre de Crédit révocable ; la majorité d'entre eux croient toujours que la Lettre de Crédit est présumée révocable à moins qu'une mention à l'effet contraire ne soit incluse dans la Lettre de Crédit.

Nous reconnaissons l'utilisation limitée de la Lettre de Crédit révocable au sein du commerce international. D'ailleurs, les réponses obtenues au Questionnaire ont démontré que les institutions financières n'émettent que très rarement des Lettres de Crédit révocables. Malgré cela et avec respect pour les rédacteurs des RUU600, nous croyons que la suppression de l'application des RUU à la Lettre de Crédit révocable n'était pas un choix judicieux. Effectivement, cette suppression risque de mener à des discordances entre les RUU et les droits nationaux réglementant les Lettres de Crédit révocables et mettra certainement en péril l'uniformité internationale de l'application de la Lettre de Crédit. Pour éviter de telles discordances, nous suggérons à la CCI, lors de la prochaine réforme des RUU, de revenir à la situation en vigueur sous les RUU500 et ce, rétroactivement au 1^{er} juillet 2007 : « *Un crédit peut être soit révocable, soit irrévocable. Tout crédit doit par conséquent indiquer clairement s'il est révocable ou irrévocable. En l'absence de pareille indication, le crédit sera réputé irrévocable.* »⁽¹⁶²⁾.

⁽¹⁶²⁾ Article 6 RUU500.

2.2.1.3.2 La distinction entre la confirmation et la notification d'une Lettre de Crédit.

Les types de Lettre de Crédit peuvent également se distinguer par la nature de l'engagement de la deuxième institution financière qui intervient à la structure de cet instrument de paiement. Pour comprendre la modification apportée à la structure de la Lettre de Crédit par l'ajout d'une deuxième institution financière, expliquons brièvement sa structure juridique élémentaire. La Lettre de Crédit implique généralement trois parties : le donneur d'ordre, l'institution financière émettrice et le bénéficiaire. De ce mécanisme tripartite résulte trois liens juridiques aux termes de la Lettre de Crédit : un premier entre le donneur d'ordre et l'institution financière émettrice, un deuxième entre l'institution financière émettrice et le donneur d'ordre et un troisième entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire.



Il peut arriver que la structure d'une Lettre de Crédit implique une quatrième partie, soit une institution financière dite « notificatrice » ou une institution financière dite « confirmatrice ». La qualification de ce quatrième intervenant à la structure de la Lettre de Crédit dépendra du lien juridique créé.

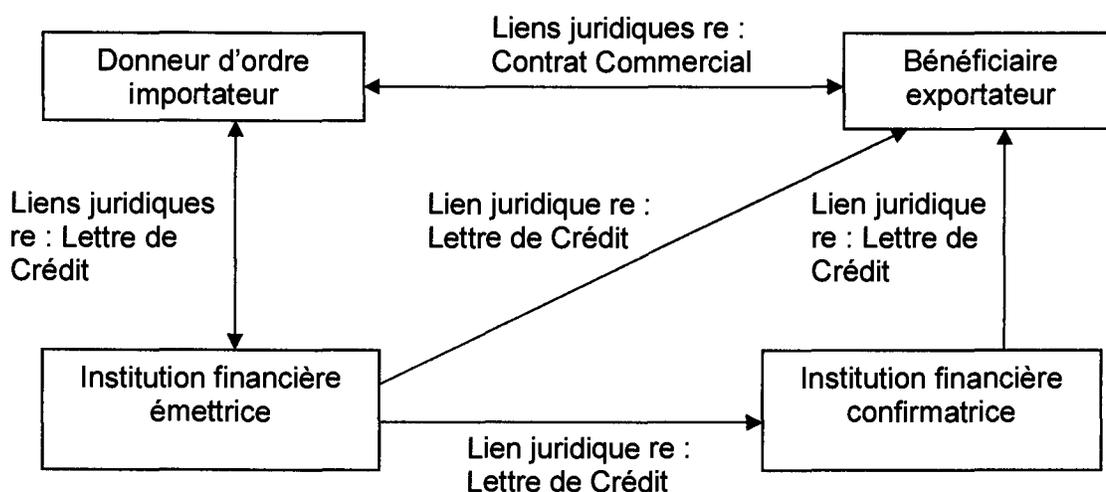
La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Lorsque le quatrième lien juridique créé aux termes de la Lettre de Crédit est entre la deuxième institution financière et le bénéficiaire, la Lettre de Crédit est dite « confirmée ». Sans se substituer au lien juridique entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire⁽¹⁶³⁾, la confirmation de la Lettre de Crédit crée un lien juridique additionnel⁽¹⁶⁴⁾ entre l'institution financière confirmatrice et le bénéficiaire. Ce lien juridique s'apparente à celui entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire. Ainsi, le bénéficiaire peut exiger le paiement de la Lettre de Crédit soit à l'institution financière émettrice ou à l'institution financière confirmatrice⁽¹⁶⁵⁾ ou exiger le paiement directement du donneur d'ordre aux termes du Contrat Commercial.

⁽¹⁶³⁾ Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p. 30 ; Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 22 ; E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 151 ; Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., London, Euromoney Publications PLC, 1997, p. 52 ; Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 14-15.

⁽¹⁶⁴⁾ Rolf A. SCHÜTZE et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication No. 633, 2001, p. 25.

⁽¹⁶⁵⁾ Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p. 31.

LETTRE DE CRÉDIT CONFIRMÉE

Par sa confirmation, l'institution financière confirmatrice devient débitrice personnelle du bénéficiaire de la même manière que l'institution financière émettrice⁽¹⁶⁶⁾. Il a été reconnu par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Liquidation de la Banque de crédit et de commerce (Canada) c. Les entreprises Ralph Eid Ltée*⁽¹⁶⁷⁾ que considérant que l'institution financière confirmatrice a une obligation personnelle envers le bénéficiaire, les fonds nécessaires pour effectuer le paiement de la Lettre de Crédit confirmée entrent dans le patrimoine de l'institution financière confirmatrice. Il en est autrement si une institution financière ne fait que notifier la Lettre de Crédit. Dès lors, la réputation de l'institution financière confirmatrice est tout aussi importante que celle de l'institution financière émettrice, puisque le paiement d'une Lettre de Crédit confirmée n'échappe pas à la déconfiture de l'institution financière confirmatrice si les fonds sont entrés dans le patrimoine de cette dernière.

⁽¹⁶⁶⁾ *Liquidation de la Banque de crédit et de commerce (Canada) c. Les entreprises Ralph Eid Ltée*, 1997 CanLII 10419 (QC C.A.).

⁽¹⁶⁷⁾ 1997 CanLII 10419 (QC C.A.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Le lien juridique entre l'institution financière émettrice et l'institution financière confirmatrice est similaire à celui entre le donneur d'ordre et l'institution financière émettrice, puisque l'institution financière émettrice doit rembourser l'institution financière confirmatrice⁽¹⁶⁸⁾ et le donneur d'ordre, quant à lui, doit rembourser l'institution financière émettrice. Le partage des risques financiers entre l'institution financière émettrice et l'institution financière confirmatrice d'une Lettre de Crédit s'apparente à la syndication d'un prêt à terme où une institution financière, ne pouvant assumer les risques financiers en totalité d'un emprunteur, s'unit avec d'autres institutions financières pour partager les risques financiers et ce, en des proportions établies aux termes d'une convention de prêt. Toutefois, tandis que la Lettre de Crédit est un mécanisme de financement à court terme, la syndication d'un prêt s'applique généralement à un financement à long terme notamment en raison de la complication due au montage financier et des sûretés garantissant le prêt, des coûts juridiques et administratifs non négligeables ainsi que du montant considérable du financement découlant du fait qu'une institution financière ne peut à elle seule assumer les risques financiers.

Mais une institution financière peut-elle confirmer une Lettre de Crédit à l'insu de l'institution financière émettrice ? Il peut arriver qu'une institution financière accepte de confirmer une Lettre de Crédit suite à la demande du bénéficiaire et fait défaut d'établir conventionnellement avec l'institution financière émettrice les termes et conditions liés à son engagement en vertu de la Lettre de Crédit. Puisque cette situation n'est pas prévue par les RUU, il faut s'en remettre au droit national pour répondre à une telle question. Nous croyons, à tout le moins en droit québécois, qu'une telle confirmation s'assimile à un cautionnement. Notre raisonnement s'appuie sur l'article 2336 Code civil qui mentionne qu' :

« (o)n peut se rendre caution d'une obligation sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu. On peut aussi se rendre caution non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné. ».

⁽¹⁶⁸⁾ Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, New-York, 2008, Oxford University Press, 2nd ed., p. 31.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Dès lors, conformément à cet article, l'institution financière confirmatrice devrait assumer la totalité du montant de la Lettre de Crédit.

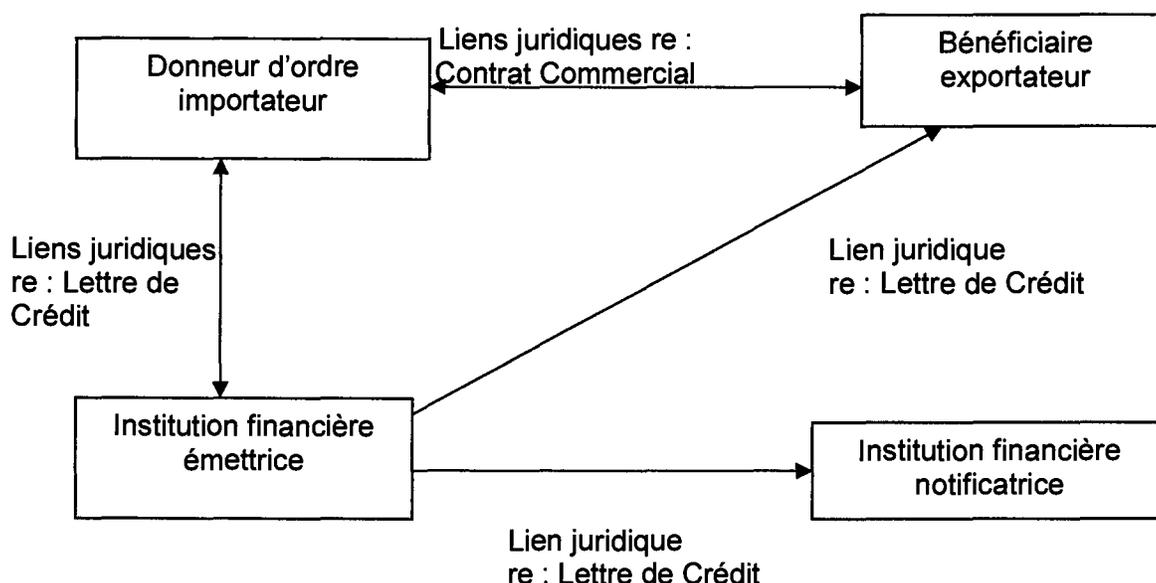
Il va de soi que comme l'institution financière confirmatrice s'engage personnellement en vertu de la Lettre de Crédit, dans l'éventualité où les parties désirent modifier ou amender la Lettre de Crédit irrévocable confirmée, toutes les parties impliquées à la Lettre de Crédit y compris l'institution financière confirmatrice devront consentir à cette modification ou à cet amendement⁽¹⁶⁹⁾. À défaut d'obtenir le consentement de l'institution financière confirmatrice à une telle modification ou amendement à une Lettre de Crédit irrévocable confirmée, cette dernière perdra sa qualification de « confirmée » avec les effets juridiques y relatifs et deviendra une simple Lettre de Crédit irrévocable notifiée.

Si la deuxième institution financière ne fait que transmettre la Lettre de Crédit au bénéficiaire en échange de documents qu'elle transmettra par la suite à l'institution financière émettrice⁽¹⁷⁰⁾ sans prendre quelque engagement personnel que ce soit, on dira de la Lettre de Crédit qu'elle est notifiée⁽¹⁷¹⁾. La notification d'une Lettre de Crédit sera généralement exigée par le bénéficiaire lorsque ce dernier veut se prémunir contre les risques politiques et économiques du pays du donneur d'ordre.

⁽¹⁶⁹⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 35.

⁽¹⁷⁰⁾ La banque notificatrice est également nommée « *Advising Bank* » dans l'arrêt : *Liquidation de la Banque de crédit et de commerce (Canada) c. Les entreprises Ralph Eid Ltée*, 1997 CanLII 10419 (QC C.A.).

⁽¹⁷¹⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004, p. 282 ; Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 20.

LETTRE DE CRÉDIT NOTIFIÉE

Lorsque la Lettre de Crédit est notifiée, l'institution financière notificatrice agit en quelque sorte à titre de mandataire de l'institution financière émettrice⁽¹⁷²⁾, puisqu'elle n'est point responsable du paiement de la Lettre de Crédit. Il en est tout autre pour l'institution financière confirmatrice ; cette dernière ne peut guère être mandataire de l'institution financière émettrice considérant qu'elle est personnellement responsable du paiement de la Lettre de Crédit⁽¹⁷³⁾. Il est important de souligner que les RUU ne réglementent pas les liens juridiques entre les différentes parties à un Crédit et dès lors, il faut s'en remettre au droit national pour les interpréter. Ainsi, en droit québécois, les dispositions applicables au lien juridique entre l'institution financière

⁽¹⁷²⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 30.

⁽¹⁷³⁾ L'élément de représentation domine le mandat et cette représentation n'est pas présente lorsqu'une institution financière agit à titre d'institution financière confirmatrice : *Liquidation de la Banque de crédit et de commerce (Canada) c. Les entreprises Ralph Eid Ltée*, 1997 CanLII 10419 (QC C.A.); l'institution financière a une obligation personnelle envers le bénéficiaire : *Blasser Brothers Inc., S.A. c. Royal Bank of Canada*, [2002] R.J.Q. 2307 (C.A.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

émettrice et l'institution financière notificatrice sont celles relatives à la théorie du mandat que nous retrouvons dans le Code civil. Nul doute que l'application des réglementations nationales va à l'encontre de l'internationalisation des RUU.

Les réponses obtenues au Questionnaire nous permettent de constater que l'implication d'une institution financière confirmatrice ou notificatrice à la structure d'une Lettre de Crédit ne se fait que très rarement, notamment en raison des commissions non négligeables demandées par ces institutions financières⁽¹⁷⁴⁾. Peut-être que la crise financière augmentera la demande pour les Lettres de Crédit confirmées et notifiées ? Malgré l'implication peu fréquente d'une institution financière confirmatrice ou notificatrice dans la structure d'une Lettre de Crédit, les RUU se doivent de régler tous les aspects juridiques liés à la confirmation ou à la notification d'une Lettre de Crédit. Or, les RUU sont silencieuses quant à plusieurs aspects, notamment quant aux obligations et recours entre les parties à une Lettre de Crédit. Dès lors, les parties n'ont souvent aucune autre alternative que de s'en remettre à leur droit national pour y trouver une solution. Inévitablement, comme l'implication de cette seconde institution financière se fait généralement lors de transactions commerciales internationales, il y a confrontation entre le droit national de l'importateur et celui de l'exportateur qui sont bien souvent contradictoires. Certes, ces lacunes des RUU ne favorisent aucunement l'uniformité internationale de l'application de la Lettre de Crédit.

Après avoir étudié certains types de Lettre de Crédit et illustré que les RUU ne sont pas sans faille, étudions maintenant les éléments essentiels à la validité d'une Lettre de Crédit.

2.2.1.4 Les éléments essentiels à la validité d'une Lettre de Crédit.

Bien que les RUU ne prévoient pas quels sont les éléments essentiels à la validité d'une Lettre de Crédit, nous sommes d'avis qu'une Lettre de Crédit doit

⁽¹⁷⁴⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 43.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

minimalement contenir les éléments suivants pour être valide : le nom des parties, le montant et la devise de paiement, le lieu et le mode de paiement, la date d'expiration, la loi applicable, les documents nécessaires au paiement ainsi que la promesse de l'institution financière de payer le bénéficiaire suivant une Présentation Conforme. La Lettre de Crédit pourra toutefois contenir d'autres éléments, lesquels sont à la discrétion des parties. Pour éviter de contrevenir au principe d'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial, nous déconseillons aux parties à une Lettre de Crédit d'ajouter des éléments qui ne seraient pas essentiels à sa validité, en particulier, l'exigence de tout document de l'importateur (acheteur) confirmant l'accomplissement des obligations de l'exportateur (vendeur) aux termes du Contrat Commercial ainsi que des conditions non documentaires. Voyons maintenant certains des éléments essentiels à la validité d'une Lettre de Crédit.

2.2.1.4.1 L'institution financière émettrice.

Il va de soi que pour être valide, la Lettre de Crédit doit désigner l'institution financière émettrice, puisqu'il s'agit de l'émetteur du Crédit. Mais qui peut émettre une Lettre de Crédit ? L'expression « banque émettrice » ou « *issuing bank* » est définie à l'article 2 RUU600 comme suit : « (b) *banque émettrice signifie la banque qui émet un crédit à la demande d'un donneur d'ordre ou pour son compte.* ». Il se dégage de cette définition que seule une banque peut émettre une Lettre de Crédit. Ainsi, les autres institutions financières ne pourraient pas, en théorie, émettre de Lettres de Crédit. Cette définition nous semble trop restrictive⁽¹⁷⁵⁾ et d'ailleurs contrevient à certaines pratiques nationales. Par exemple au Québec, une caisse populaire qui n'est pas une banque à charte aux termes des annexes I et II de la *Loi sur les Banques (Canada)*⁽¹⁷⁶⁾, peut émettre une Lettre de Crédit et ceci n'a aucun impact sur la validité de la Lettre de Crédit aux termes des lois applicables dans la province de Québec.

⁽¹⁷⁵⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p.28 ; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 27.

⁽¹⁷⁶⁾ Voir la définition de l'expression « banque » qui réfère aux annexes I et II. *Loi sur les Banques*, L.C. 1991, c. 46.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Bien que conscients de cette problématique, les rédacteurs des RUU600 ont décidé de ne pas se prononcer sur cette controverse dans la dernière réforme. Notons toutefois qu'ils en ont discuté dans leurs commentaires : « (e)ven if the UCP expressly prohibited issuance by a non-bank, this prohibition could be modified because the UCP is not a legislative act that can restrict the manner in which it can be applied. »⁽¹⁷⁷⁾.

Il ressort de ces commentaires, que rien aux termes des RUU n'empêche que l'émetteur d'une Lettre de Crédit soit une entité autre qu'une banque et ce, malgré la définition de « banque émettrice ». Ceci s'explique par le fait que l'application des RUU est discrétionnaire et que les parties peuvent modifier cette application et indiquer que l'émetteur de la Lettre de Crédit régie par les RUU sera une entité autre qu'une banque. Les rédacteurs des RUU600 rappellent néanmoins les avantages à ce que l'émetteur d'une Lettre de Crédit soit une banque :

« (...) there are three principal advantages to bank issuance and handling of letters: namely, that banks have the operational expertise to handle issuance and presentation under letters of credit in a professional manner, that they have the tradition of independence from the underlying transaction, which is the basis of the commercial reputation of the letter of credit, and that in virtually all countries banks are specially regulated with a view toward protecting those which rely in their undertakings. »⁽¹⁷⁸⁾.

Pour arriver à la conclusion que ce ne sont pas seulement les banques⁽¹⁷⁹⁾ qui peuvent émettre une Lettre de Crédit régie par les RUU, il faut aller au-delà du texte des RUU600⁽¹⁸⁰⁾ pourtant clair à l'effet que ce ne sont que les banques qui peuvent

⁽¹⁷⁷⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 19.

⁽¹⁷⁸⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 19.

⁽¹⁷⁹⁾ La majorité des répondants au Questionnaire croit que ce ne sont que les banques qui peuvent émettre des Lettres de Crédit.

⁽¹⁸⁰⁾ Notons que les commentaires des rédacteurs des RUU600 sont difficilement accessibles considérant, qu'en date de notre recherche, le seul moyen de se procurer cet ouvrage fut de le commander directement de la CCI étant donné qu'aucune université de la Province de Québec ne le détenait.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

émettre des Lettres de Crédit régies par les RUU. Mais pourquoi les rédacteurs des RUU600 n'ont-ils pas prévu explicitement que d'autres entités peuvent émettre une Lettre de Crédit ? Certains auteurs sont d'avis que la qualification de l'émetteur d'une Lettre de Crédit ne dépend pas des RUU, mais des règles nationales et que ce serait la raison pour laquelle la CCI ne se prononce pas sur le sujet. Selon ces derniers, les RUU n'ont pas de force légale⁽¹⁸¹⁾ et ne peuvent donc pas imposer une telle pratique au risque de contrevenir aux droits nationaux. Avec respect pour ces auteurs, nous croyons, bien que ceci enfreigne l'uniformisation des RUU, que la CCI aurait dû ouvrir la possibilité à ce que d'autres entités puissent émettre des Lettres de Crédit. Nous suggérons à la CCI de modifier lors de la prochaine réforme des RUU la définition de « banque émettrice » comme suit : « *Banque émettrice désigne une banque ou toute autre entité autorisée par la réglementation nationale du donneur d'ordre et acceptée par le bénéficiaire (...).* ».

2.2.1.4.2 Le bénéficiaire.

La Lettre de Crédit devra également contenir le nom du bénéficiaire pour être valide ; cette dernière ne pouvant être au porteur, car ceci contreviendrait au principe de l'incessibilité de la Lettre de Crédit.

Mais, est-ce que la Lettre de Crédit peut être émise en faveur de plusieurs bénéficiaires ? Voici une question à laquelle les RUU ne répondent pas, bien que ces règles ne s'y opposent point⁽¹⁸²⁾. Rares sont les auteurs qui se sont penchés sur la question ; peut-être est-ce parce qu'ils n'ont jamais eu affaires avec un tel cas. L'auteur Burton V. McCullough, sans se questionner davantage sur la question, mentionne tout bonnement : « *(w)here a letter of credit names two beneficiaries, both must draw under the letter of credit.* »⁽¹⁸³⁾. Ainsi, il semblerait, qu'une Lettre de

⁽¹⁸¹⁾ Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., London, Euromoney Publications PLC, 1997, p. 63.

⁽¹⁸²⁾ Notons toutefois que l'article 38 d) RUU600 autorise le transfert d'un Crédit à plusieurs bénéficiaires si prévu aux termes du Crédit.

⁽¹⁸³⁾ Burton V. McCULLOUGH, *Letters of credit : Commercial and Standby Letters of Credit, Bankers' and Trade Acceptances*, Lexis-Nexis, Publication 387, Release 34, 2005, p. 4-63. L'auteur a repris la conclusion de la Cour d'appel des États-Unis : *Occidental Fire &*

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Crédit puisse être émise en faveur de plusieurs bénéficiaires et d'ailleurs, c'est ce qu'il ressort des réponses obtenues de directeurs d'institutions financières au Questionnaire. Toutefois, aucun répondant ne pouvait motiver sa réponse et indiquer en vertu de quelle règle une Lettre de Crédit pouvait être émise en faveur de plusieurs bénéficiaires. Nous soulignons tout de même au lecteur que cette pratique pourrait être contestée. Pour remédier à une telle incertitude, nous suggérons à la CCI de se prononcer clairement sur le sujet dans la prochaine réforme des RUU et d'indiquer, le cas échéant, ce que la Lettre de Crédit émise à plusieurs bénéficiaires doit contenir comme information pour établir les droits et obligations de chaque bénéficiaire.

2.2.1.4.3 Le montant et la devise.

La Lettre de Crédit devra également prévoir un montant et spécifier la devise dans laquelle le bénéficiaire doit être payé. Il va de soi que l'institution financière négociatrice, soit l'institution financière qui procédera au paiement de la Lettre de Crédit, doit être désignée dans un pays où la devise de paiement de la Lettre de Crédit est disponible⁽¹⁸⁴⁾.

À certaines occasions, il sera impossible pour les parties de déterminer à l'avance le montant qui sera dû aux termes du Contrat Commercial et de par ce fait même, le montant de la Lettre de Crédit. Dès lors, il est de pratique courante d'indiquer la somme maximale du Contrat Commercial à titre de montant dans la Lettre de Crédit ou d'employer l'expression « environ », « *about* », « approximativement » ou « *approximately* ». Cette approche évite aux parties d'indiquer dans la Lettre de Crédit une somme fixe lorsque le montant qui sera dû aux termes du Contrat Commercial est inconnu lors de l'émission de la Lettre de Crédit. Pour répondre à cette approche, l'article 30 RUU600 intitulé « *Tolérances relatives au Montant du Crédit, à la Quantité et aux Prix unitaires* » indique :

Casualty Co. Of North Carolina c. Continental Bank, N.A., 918 F.2d 1312, 13 U.C.C. Rep. Serv. (CBC) 2d 289 (7th Cir. 1990).

⁽¹⁸⁴⁾ Lazar SARNA, *Letters of credit: The Law and Current Practice*, 3rd ed., Toronto, Thomson & Carswell, 2002, p. 6-6.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (l)es expressions « environ » ou « approximativement » employées en ce qui concerne le montant du crédit ou la quantité ou le prix unitaire mentionnés dans le crédit seront interprétées comme permettant une tolérance de 10 % en plus ou en moins sur le montant, la quantité ou le prix unitaire auxquels elles s'appliquent. ».

Ainsi, en utilisant les termes « environ », « *about* », « approximativement » ou « *approximately* », les parties s'assurent que le montant de la Lettre de Crédit pourra fluctuer dans un écart de 20 % du montant inscrit dans la Lettre de Crédit ; il pourra soit être de 10 % inférieur ou soit de 10 % supérieur. Les commentaires des rédacteurs des RUU600 relatifs à cet article sont à l'effet que :

« (w)hen a tolerance is to be applied to a credit amount, unit price or quantity, the SWIFT messages require the insertion of the actual percentage amount rather than the words "about" and "approximately". Considering that there are credits still issued in letter or telex form, the Drafting Group decided that retaining a reference to equate to a tolerance of plus or minus 10%. Due to the limited, if any, use of the term "circa" or other "similar expressions", references to these terms have been removed. »⁽¹⁸⁵⁾.

Mais sur quelle base les parties pourront déterminer quel est le véritable montant de la Lettre de Crédit ? Inévitablement, ce sera en fonction des termes et conditions du Contrat Commercial contrevenant ainsi au principe d'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial. Il ne faut pas oublier que la Lettre de Crédit a notamment été créée par les usances et pratiques commerciales pour prémunir les cocontractants contre les risques économiques liés au commerce international. Le fait de ne pas indiquer un montant fixe dans la Lettre de Crédit ne contrevient-il pas à l'un des avantages de la Lettre de Crédit à savoir, la protection sur la somme du Contrat Commercial indépendamment de tout taux de change et de la fluctuation du coût des matières premières et de la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial ? À notre grande surprise, un article similaire à l'article 30 RUU600 était

⁽¹⁸⁵⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 138.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

déjà prévu dans les RUU82⁽¹⁸⁶⁾. Malgré l'antériorité de cet article, nous croyons qu'il y aurait lieu de le supprimer dans la prochaine réforme des RUU. Nous sommes d'avis qu'un donneur d'ordre désirant préserver l'autonomie d'une Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial ne devrait jamais référer aux modalités, termes et conditions du Contrat Commercial dans la Lettre de crédit pour déterminer son montant. Le donneur d'ordre devrait plutôt s'assurer que la Lettre de Crédit comporte toutes les dispositions nécessaires quant à l'indication du montant à payer, à défaut, l'évaluation du montant est susceptible de remettre en question l'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial⁽¹⁸⁷⁾. Les parties pourraient toutefois convenir dans la Lettre de Crédit que le montant de la marchandise doit être évalué par une tierce partie. Reste que dans ce dernier cas, la Lettre de Crédit ne serait plus utilisée pour prémunir les cocontractants contre les risques économiques liés à la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial.

2.2.1.4.4 La date d'entrée en vigueur et la date d'expiration.

Bien que ce ne soit pas obligatoire, mentionnons que la Lettre de Crédit peut contenir une date d'entrée en vigueur. Généralement, une date d'entrée en vigueur sera inscrite dans la Lettre de Crédit à la demande de l'exportateur (vendeur) notamment lors de transactions d'envergure⁽¹⁸⁸⁾.

Toutefois, la Lettre de Crédit doit comprendre une date d'expiration⁽¹⁸⁹⁾. La date d'expiration est la date à laquelle la Lettre de Crédit devient échue à moins d'un accord entre toutes les parties impliquées aux termes de la Lettre de Crédit, c'est-à-dire le donneur d'ordre, le bénéficiaire et le ou les institutions financières, pour

⁽¹⁸⁶⁾ Article 35 RUU82.

⁽¹⁸⁷⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p. 9.90.

⁽¹⁸⁸⁾ Alan PETERS, *Letters of credit in export transactions* dans Conférence sur les lettres de crédit tenue le 21 novembre 1997, p. 14.

⁽¹⁸⁹⁾ Article 6 (d) RUU600; Lazar SARNA, *Letters of credit : The Law and Current Practice*, 3rd ed., Toronto, Thomson & Carswell, 2002, p. 7-1.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

prolonger son échéance⁽¹⁹⁰⁾. Généralement, la Lettre de Crédit aura une durée d'un an et sera dite renouvelable d'année en année à moins que l'institution financière émettrice ne donne un préavis⁽¹⁹¹⁾ au bénéficiaire de son intention de ne pas la renouveler ou si le donneur d'ordre conjointement avec le bénéficiaire avisent l'institution financière de ne pas la renouveler. Ceci s'explique par les risques potentiels que doit supporter l'institution financière émettrice lorsqu'elle émet une Lettre de Crédit. Il ressort des réponses obtenues au Questionnaire que le délai d'un an a un lien étroit avec le renouvellement annuel du dossier financier du donneur d'ordre. Lors dudit renouvellement, l'institution financière analysera les facilités de crédit mises à la disposition du donneur d'ordre et prendra en considération ses états financiers vérifiés annuels. De la sorte, l'institution financière sera en mesure d'évaluer le degré de risque potentiel qu'elle devra assumer et les commissions qu'elle exigera varieront proportionnellement à ce degré de risque potentiel.

La date d'expiration de la Lettre de Crédit restreint les parties à accomplir toutes leurs obligations dans le temps requis pour que le bénéficiaire puisse obtenir le paiement de la Lettre de Crédit suivant une Présentation Conforme avant ou à la date d'expiration de la Lettre de Crédit⁽¹⁹²⁾. La date d'expiration de la Lettre de Crédit se distingue de la date d'expiration de la présentation de la Lettre de crédit pour paiement⁽¹⁹³⁾ bien qu'en règle générale ces deux dates seront les mêmes.

L'auteur Lazar Sarna est d'avis qu'à défaut de prévoir une date d'expiration pour une Lettre de Crédit, un tribunal peut raisonnablement assumer que l'intention du donneur d'ordre et de l'institution financière émettrice est d'émettre la Lettre de Crédit sans aucune date d'expiration. Dans ce cas, la Lettre de Crédit se

⁽¹⁹⁰⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 14.

⁽¹⁹¹⁾ Nous avons vérifié avec certaines institutions financières canadiennes et le préavis est généralement de trente jours.

⁽¹⁹²⁾ Article 6 e) RUU600.

⁽¹⁹³⁾ Article 6 d) i) RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

perpétuerait indéfiniment⁽¹⁹⁴⁾. Arriver à une telle conclusion comporte beaucoup de risques pour les parties et c'est la raison pour laquelle nous croyons, tout comme certains auteurs, qu'une Lettre de Crédit doit, pour être valide, comprendre une date d'expiration⁽¹⁹⁵⁾. D'ailleurs, est-ce pour remédier au silence des RUU relativement à l'obligation d'indiquer une date d'expiration que le Code Commercial du Guatemala prévoit qu'à défaut de prévoir une date d'expiration dans le Crédit, le Crédit sera valide pour une période de six mois commençant à la date de notification du bénéficiaire ?

2.2.1.4.5 Le lieu et le mode de réalisation.

La Lettre de Crédit doit également contenir un lieu de réalisation, c'est-à-dire le lieu où la Lettre de Crédit doit être « honorée ». Aux termes de l'article 6 (d) ii) RUU600, le paiement doit être honoré là où la Lettre de Crédit est présentée pour paiement. Les commentaires des rédacteurs des RUU600 relatifs à cet article sont à l'effet que :

« (...) the place where the documentary credit is available is with any bank, the place for presentation is at the bank to which presentation is made by the beneficiary or other presenter. A place for presentation stated in the documentary credit is always in addition to the place of the issuing bank. »⁽¹⁹⁶⁾.

Certains auteurs sont d'avis que la désignation du lieu de réalisation de la Lettre de Crédit étant à l'avantage du bénéficiaire, puisqu'il s'ajoute au lieu où se situe l'institution financière émettrice, un bénéficiaire peut renoncer à présenter les

⁽¹⁹⁴⁾ Lazar SARNA, *Letters of credit: The Law and Current Practice*, 3rd ed., Toronto, Thomson & Carswell, 2002, p. 7-4. Notons que, si effectivement la Lettre de Crédit ne prévoyait pas de date d'expiration et que ceci n'affectait pas sa validité, elle ne pourrait se perpétuer que jusqu'à l'intégralité de son paiement.

⁽¹⁹⁵⁾ Rolf A. Schütze et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication N° 633, 2001, p. 21.

⁽¹⁹⁶⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 35.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

documents pour paiement au lieu indiqué dans la Lettre de Crédit et décider de les présenter au lieu où se situe l'institution financière émettrice⁽¹⁹⁷⁾.

Soulignons qu'une Lettre de Crédit peut être honorée⁽¹⁹⁸⁾ par paiement, acceptation ou négociation. Bien que non prévu explicitement aux termes des RUU, une Lettre de Crédit peut être honorée en cumulant ces moyens de réalisation :

« UCP500 defined the undertaking under a documentary credit by stating the three methods of fulfilling that undertaking – paying at sight, paying a deferred payment undertaking at maturity and accepting a draft and paying it at maturity. (...) A documentary credit, when issued, will state the method of availability, which is one of the three options, or use a combination of the options (termed "mixed payment") included in the term "honour" or by indicating that the documentary credit is available by negotiation. »⁽¹⁹⁹⁾.

Mais pourquoi ne pas avoir prévu un tel cumul des méthodes de présentation dans les RUU ? Certes, ceci démontre que les RUU ne sont pas sans lacune.

2.2.1.4.6 La loi applicable.

Les RUU s'appliquent à tous les « Crédits », tel que cette expression est définie par les RUU600⁽²⁰⁰⁾ :

« (l)es règles et Usances uniformes relatives aux Crédits documentaires, Révision 2007, Publication ICC n° 600 s'appliquent à tous les crédits documentaires (y compris dans la mesure où elles seraient applicables aux lettres de crédit stand-by), dès lors que le texte du crédit stipule expressément qu'il est soumis à ces règles. Elles lient toutes les parties

⁽¹⁹⁷⁾ Rolf A. SCHÜTZE et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication N° 633, 2001, p. 22.

⁽¹⁹⁸⁾ Définition de l'expression « honoré » ; article 2 RUU600.

⁽¹⁹⁹⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 17.

⁽²⁰⁰⁾ « Crédit » signifie tout arrangement, quelle que soit sa dénomination ou sa description, qui est irrévocable et qui constitue un engagement ferme de la banque émettrice d'honorer une Présentation Conforme.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

intéressées, sauf dispositions contraires expressément modifiées ou exclues par le crédit. »⁽²⁰¹⁾.

Il ressort de cet article que l'application des RUU à la Lettre de Crédit est discrétionnaire, en ce qu'il faut une disposition expresse dans la Lettre de Crédit pour que les RUU s'appliquent. Ainsi, rien n'empêche les parties à une Lettre de Crédit de soumettre son application et son interprétation à leur réglementation nationale. N'est-ce pas étrange de confronter un instrument de paiement international, doté de règles internationales, aux lois nationales de pays qui ont pourtant ratifié leur adhésion aux RUU ? D'ailleurs, il est très surprenant de constater que plusieurs pays ont une réglementation nationale relative aux crédits documentaires provenant soit d'un texte de loi ou de la jurisprudence⁽²⁰²⁾. Il est d'ailleurs étonnant de constater que la majorité des répondants au Questionnaire et certains auteurs de doctrine ne savent pas que plusieurs pays ont une réglementation nationale en matière de Lettre de Crédit⁽²⁰³⁾ et croient, à tort, que l'application des RUU à la Lettre de Crédit est quasi-automatique⁽²⁰⁴⁾. Nous ne pourrions mieux résumer la problématique relative à la réglementation de la Lettre de Crédit que les auteurs Eiseman et Bontoux l'ont fait :

« (e)n effet, est-il concevable que ces conditions, empruntées à une œuvre de normalisation internationale, elle-même suscitée par un besoin absolu du commerce international, puissent avoir un sens variable, selon la « nationalité » que l'on attribuerait à ces contrats normalisés ? Il faut donc éviter que les « Règles et Usances » ne soient, à l'occasion, par une

⁽²⁰¹⁾ Article 1 RUU600.

⁽²⁰²⁾ À ce sujet, nous référons le lecteur à l'Annexe B intitulée « Les droits nationaux relatifs aux crédits documentaires » démontrant certains des pays qui ont une réglementation nationale relative aux crédits documentaires que ce soit par un texte de loi ou par l'application de la jurisprudence.

⁽²⁰³⁾ L'auteur Nicolas De Gottrau mentionne à ce sujet qu'en règle générale, à l'exception des États-Unis, les pays n'ont pas de réglementation nationale sur la Lettre de Crédit. Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 39.

⁽²⁰⁴⁾ Notons également que certains répondants au Questionnaire ne savent pas qu'il y a une réglementation internationale relative à la Lettre de Crédit et croient que c'est la jurisprudence qui la régleme.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

interprétation à base de concepts juridiques nationaux, dénaturées ou autrement détournés de leur objectif. Ce résultat peut être atteint en adoptant la thèse selon laquelle l'œuvre normative de la C.C.I. fait partie d'un système sinon autonome, du moins particulier de règles juridiques exigeant une interprétation et application uniformes au plan internationale. »⁽²⁰⁵⁾.

Les parties à une Lettre de Crédit doivent donc prévoir dans la Lettre de Crédit quelle sera la loi applicable à leur Lettre de Crédit. À défaut, les tribunaux nationaux devront déterminer en vertu de quelle loi la Lettre de Crédit est régie. Ce sujet est controversé et fera l'objet de la section 2.3.1.3.

Dans l'éventualité où la Lettre de Crédit prévoit que les RUU s'appliquent, est-ce que la simple référence à ces règles dans la Lettre de Crédit suffit ou ces dernières doivent être attachées à l'instrument pour que cette référence puisse produire ses effets ? Cette question nous ramène au droit québécois relatif aux obligations en ce que la référence aux RUU s'apparente à une clause externe dans un contrat. La clause externe est en règle générale valide :

« 1435. La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. ».

Le Code civil ne donne aucune définition de ce que constitue une clause externe. Les auteurs Baudouin et Jobin l'abordent ainsi :

« (i) s'agit d'une stipulation figurant dans un document distinct de la convention ou de l'*instrumentum* mais qui, selon une clause de cette

⁽²⁰⁵⁾ Frédéric EISEMAN et Charles BONTOUX, *Le Crédit documentaire dans le commerce extérieur, Commentaire Réglementation uniforme internationale Formules normalisées*, Collection Exporter, Éditions Jupiter, Éditions de Navarre, 1981, p. 21.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

convention, est réputée en faire partie intégrante, et donc lier les parties. »⁽²⁰⁶⁾.

La clause externe contient généralement plusieurs informations. Sachant que les cocontractants ne prennent pas toujours le temps de consulter les documents auxquels renvoient un contrat, le législateur québécois a assujéti la validité de ces clauses à certaines conditions, lorsqu'il s'agit d'un contrat de consommation ou d'adhésion.

Nous sommes d'avis que la Lettre de Crédit peut certes être considérée comme un contrat d'adhésion aux termes de l'article 1379 Code civil, puisque les stipulations essentielles de la Lettre de Crédit ne sont généralement pas librement négociées entre les parties. Effectivement, ces dernières sont habituellement imposées par l'institution financière émettrice, rédigées par elle ou ses conseillers juridiques, pour le compte du donneur d'ordre⁽²⁰⁷⁾. Les réponses obtenues au Questionnaire ont démontré que, dans certaines circonstances exceptionnelles, les parties pourront négocier certains termes et conditions de la Lettre de Crédit⁽²⁰⁸⁾. Même à cela, dans la majorité des cas, l'institution financière émettra la Lettre de Crédit sous son formulaire standard. Ainsi, nous croyons que le régime spécifique relatif au contrat d'adhésion, prévu au Code civil, trouve application à la Lettre de Crédit.

Une clause externe qui n'a pas été portée expressément à l'attention de l'adhérent lors de la formation du contrat d'adhésion sera nulle, de nullité relative⁽²⁰⁹⁾ sans qu'il soit nécessaire de démontrer un quelconque préjudice. Cependant, la clause externe pourra tout de même être valide si l'autre partie démontre que l'adhérent a eu autrement connaissance de la clause. Mais même dans les cas où la clause a

⁽²⁰⁶⁾ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 267.

⁽²⁰⁷⁾ Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 80.

⁽²⁰⁸⁾ Généralement, la durée et les documents devant être présentés pour obtenir le paiement de la Lettre de Crédit.

⁽²⁰⁹⁾ *Pétrolière impériale c. Lessard*, J.E. 96-439 (C.S.); *Buron c. Beauce, société mutuelle d'assurances générales*, [1996] R.R.A. 241 (C.Q.). Pour plus d'exemples, voir Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 267.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

été portée à l'attention de l'adhérent, les auteurs Baudouin et Jobin sont d'avis que la clause externe doit être raisonnablement accessible à la partie contre laquelle elle est invoquée⁽²¹⁰⁾. Quant à l'auteur Didier Lluelles, il soutient que l'adhérent doit non seulement connaître l'existence de la clause externe, mais aussi, et surtout, le contenu de cette clause :

« (l)e cocontractant de l'adhérent ou du consommateur a donc une charge de preuve particulièrement lourde. Non seulement doit-il établir que son cocontractant a été avisé tant de l'existence que du contenu de la clause externe, ou qu'à défaut, il en avait par ailleurs connaissance (élément qui sera le plus souvent difficile à démontrer autrement que par des indices circonstanciels très serrés), mais il devra prouver, en outre, que cet avis ou que cette connaissance était contemporaine de la formation même du contrat. »⁽²¹¹⁾.

Citons un passage de l'auteur Vincent Karim qui s'apparente à notre cas, à savoir une référence à des règles qui ne sont pas annexées à un formulaire standard :

« (l)e législateur québécois vise ainsi à éliminer les risques d'abus lorsque l'un des cocontractants accepte d'être lié par certaines clauses ou certains règlements qui font partie du contrat sans toutefois y être annexés lors de l'échange des consentements. Notons qu'une simple référence au contrat sur l'existence de ces clauses ou règlements n'est pas suffisante pour conclure que le cocontractant a pu se faire une idée claire de celui-ci. Ces clauses externes se retrouvent souvent à l'intérieur de contrats types, d'origine privée, établis par de grandes entreprises, telles que les banques, les compagnies d'assurances ou de transport. »⁽²¹²⁾.

En pratique, l'institution financière qui émet une Lettre de Crédit régie par les RUU prendra soin d'expliquer aux parties les principes généraux des RUU. D'ailleurs, la

⁽²¹⁰⁾ Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 268.

⁽²¹¹⁾ Didier LLUELLES, « Le mécanisme de renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 *R. du N.* 11, 30.

⁽²¹²⁾ Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 2^e Éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 384.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

majorité des institutions financières qui émettent des Lettres de Crédit régies par les RUU publient des brochures pour expliquer ces règles⁽²¹³⁾. Mais est-ce suffisant ? Pouvons-nous dire que les RUU sont portées suffisamment à la connaissance des parties ? Bien qu'il ressort des réponses obtenues au Questionnaire que les RUU semblent incomprises et certains des répondants au Questionnaire expliquent cette incompréhension par le manque d'explication des institutions financières lors de l'émission d'une Lettre de Crédit, il reste néanmoins que le texte des RUU est facilement accessible. Reste que nous ne serions pas surpris que la référence aux RUU dans une Lettre de Crédit, sans qu'elles y soient jointes, soit un jour contestée, à tout le moins, en droit québécois.

2.2.1.4.7 Les documents nécessaires à la réalisation.

La Lettre de Crédit devra également contenir la liste des documents nécessaires à la présentation de la Lettre de Crédit pour paiement. Nous reconnaissons qu'il s'agit d'un sujet d'intérêt, mais il ne fera pas l'objet de la présente thèse.

Le rédacteur d'une Lettre de Crédit soucieux de préserver l'autonomie de cet instrument devra uniquement inclure dans celle-ci les éléments essentiels à sa validité. Il ressort des résultats obtenus au Questionnaire, qu'en pratique, la majorité des rédacteurs inexpérimentés préfèrent inclure dans la Lettre de Crédit plusieurs détails du Contrat Commercial⁽²¹⁴⁾ par mesure de prudence contrevenant, par ce fait même, au principe fondamental de la Lettre de Crédit à savoir, son autonomie face au Contrat Commercial. Est-ce que les parties peuvent prévoir des conditions non documentaires pour la présentation de la Lettre de Crédit pour paiement ? La liberté contractuelle étant au cœur des relations commerciales, les parties peuvent inclure dans la Lettre de Crédit les clauses qu'elles désirent. Nonobstant ceci, il est explicitement prévu dans les RUU que l'institution financière ne doit pas examiner

⁽²¹³⁾ André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 166-167.

⁽²¹⁴⁾ À titre d'exemple, la description détaillée (quantité, qualité et valeur) de la marchandise faisant l'objet du Contrat Commercial.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

des conditions indiquées dans le Crédit qui seraient non documentaires⁽²¹⁵⁾. Nous sommes néanmoins d'avis, considérant l'application discrétionnaire des RUU, que les parties peuvent prévoir dans la Lettre de Crédit que l'institution financière doit vérifier autant les conditions documentaires que celles qui ne le sont pas. Reste que les conditions non documentaires sont fréquemment ambiguës rendant ainsi difficile la stricte conformité de la présentation de la Lettre de Crédit pour obtenir son paiement.

2.2.1.4.8 L'écrit.

D'autres questions ont suscité notre questionnement. Une Lettre de Crédit doit-elle être écrite pour être valide ? Nous répondrons que comme pour tous les contrats, l'écrit est une question de preuve ; l'écrit matérialise la volonté de l'institution financière émettrice de s'engager à l'égard du bénéficiaire, dont le consentement sur les termes de l'engagement reste cependant tacite⁽²¹⁶⁾. Nous devons tout de même admettre qu'une telle exigence n'est pas prévue dans les RUU. Soulignons que depuis l'entrée en vigueur des eRUU, l'écrit peut désormais se présenter sous un format électronique⁽²¹⁷⁾. La création des eRUU s'avérait nécessaire pour répondre à l'évolution de la technologie. Force est de constater que les eRUU ne sont que rarement utilisées et c'est notamment la raison pour laquelle les rédacteurs des RUU600 ne les ont pas intégrées aux RUU600. Par mesure de prudence, considérant les conséquences quelques fois draconiennes de la Lettre de Crédit, nous croyons que les RUU devraient prévoir, lors de la prochaine réforme, qu'une Lettre de Crédit doit être écrite pour être valide.

Est-ce que la Lettre de Crédit doit être imprimée sur du papier en-tête de l'institution financière qui l'émet pour être valide ? Très étrangement, rien n'est prévu à ce sujet dans les RUU et d'ailleurs, nous croyons que la CCI, lors de la prochaine réforme, devrait inclure une telle exigence. En théorie, cette question a peu d'intérêt,

⁽²¹⁵⁾ Article 13 (c) RUU500 ; Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 180-181.

⁽²¹⁶⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p. 9.23.

⁽²¹⁷⁾ RUU 600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

toutefois en pratique, il en est autre. Sur quel motif un bénéficiaire pourrait-il refuser une Lettre de Crédit qui ne serait pas imprimée sur du papier en-tête d'une institution financière ? Qui sait, peut-être que quelqu'un contesterait la validité d'une Lettre de Crédit qui n'est pas émise sous le papier en-tête de l'institution financière émettrice.

Bien que les personnes utilisant la Lettre de Crédit aient une connaissance générale de cet instrument de paiement international, rares sont celles qui iront prendre connaissance des RUU lors de la rédaction d'une Lettre de Crédit. Pourtant ces règles sont en constante évolution et certaines interprétations légiférées sous la réforme des RUU600 risquent de contrevenir à la volonté des parties notamment :

« L'emploi de termes tels que « première classe », « bien connu », « qualifié », « indépendant », « officiel », « compétent », ou « local » pour désigner l'émetteur d'un document autorise tout émetteur, à l'exception du bénéficiaire, à émettre ce document. » ;

« Sauf s'ils sont exigés sur un document, des mots tels que « promptement », « immédiatement » ou « dès que possible » ne seront pas pris en compte. » ;

« L'expression « le ou vers le » ou similaire sera interprétée comme stipulant qu'un événement doit survenir au cours d'une période allant de cinq jours calendaires avant jusqu'à cinq jours calendaires après la date spécifiée, les jours limites inclus. » ;

« Les mots « au », « jusqu'au », « depuis » et « entre » utilisés pour définir une période d'expédition incluent la date ou les dates mentionnées, et les mots « avant » et « après » excluent la date mentionnée. » ;

« Les mots « depuis » et « après » utilisés pour définir une date d'échéance excluent la date mentionnée. »⁽²¹⁸⁾.

Le rédacteur d'une Lettre de Crédit se doit donc de prendre connaissance de la dernière réforme des RUU avant de rédiger cet instrument afin de ne pas y inclure

⁽²¹⁸⁾ Article 3 RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

des termes définis qui risquent d'aller à l'encontre de l'intention des parties. D'ailleurs, notons que certains des répondants au Questionnaire n'étaient même pas au courant de la dernière réforme des RUU en juillet 2007.

2.2.1.5 Conclusion.

La malléabilité des RUU est incontestable. D'une part, leur application est doublement discrétionnaire en ce que non seulement les parties doivent contractuellement prévoir leur application, mais ils peuvent également exclure et/ou modifier les dispositions applicables à leur Crédit. D'autre part, les RUU étant rédigées largement, ces règles peuvent, selon nous, et nonobstant la définition de « Crédit » dans les RUU, s'appliquer à tout arrangement, irrévocable ou révocable⁽²¹⁹⁾, qui constitue un engagement ferme d'une institution financière⁽²²⁰⁾ d'honorer une Présentation Conforme. Il n'est donc pas surprenant de constater que ces règles rédigées de manière à s'appliquer à une multitude d'arrangements présentement existants ou qui seront ultérieurement créés soient bien souvent imprécises pour régir un Crédit spécifique, tel que la Lettre de Crédit.

Nous avons succinctement décrit quels étaient, d'après nous, les éléments essentiels à la validité de la Lettre de Crédit et avons démontré quelques lacunes et incertitudes liées à ces éléments et aux RUU. Peut-être aurait-il été préférable que les RUU énoncent clairement quels sont les éléments essentiels à la validité d'un Crédit au lieu de nous laisser le soin de les déduire des RUU. Quoiqu'il en soit, il s'avère qu'une telle déduction n'est pas chose facile. En effet, des réponses obtenues au Questionnaire à la question « *Quels sont d'après-vous les éléments essentiels à la validité d'une Lettre de Crédit ?* », nous remarquons que rares sont ceux qui connaissent ces éléments essentiels et d'ailleurs, un répondant nous a même souligné que ne connaissant pas la réponse à notre question, il se fierait aux RUU. Il va de soi que de telles lacunes et incertitudes ne peuvent qu'affecter l'uniformité internationale de la Lettre de Crédit. Mais ces lacunes et incertitudes ne

⁽²¹⁹⁾ Dans la mesure où les parties modifient la définition de « Crédit » incluse dans les RUU pour faire référence à un arrangement révocable.

⁽²²⁰⁾ Et non seulement d'une banque.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

sont pas uniquement liées aux principaux attributs de la Lettre de Crédit, elles découlent également des principes fondamentaux de la Lettre de Crédit. C'est ce que nous allons essayer de démontrer dans la prochaine section.

2.2.2 Les principes fondamentaux de la Lettre de Crédit.

Les principes gouvernant la Lettre de Crédit sont sa raison d'être. Dans la présente section, nous étudierons les principes d'incessibilité, de stricte conformité ainsi que de double autonomie de la Lettre de Crédit pour ensuite analyser comment lesdits principes sont interprétés et appliqués par les tribunaux.

2.2.2.1 Le principe d'incessibilité.

2.2.2.1.1 La distinction entre le transfert et la cession d'une Lettre de Crédit.

Aux termes des RUU, une Lettre de Crédit peut être transférable⁽²²¹⁾, mais elle ne peut être cédée⁽²²²⁾. Mais quelle est la différence entre le transfert et la cession d'une Lettre de Crédit⁽²²³⁾ ?

Les RUU600 définissent le Crédit transférable comme suit :

« crédit qui stipule spécifiquement qu'il est transférable. Un crédit transférable peut être rendu réalisable en totalité ou en partie au profit d'un autre bénéficiaire (le second bénéficiaire) à la demande du bénéficiaire (le premier bénéficiaire). »⁽²²⁴⁾.

⁽²²¹⁾ Article 38 RUU600.

⁽²²²⁾ La cession d'une Lettre de Crédit doit être distinguée de la cession du produit de la Lettre de Crédit, laquelle cession est permise aux termes de l'article 39 RUU600.

⁽²²³⁾ Notons que sous les RUU151, les expressions « transférable » et « assignable » étaient interchangeables. L'article 49 RUU151 se lit comme suit : « (a) *credit can be transferred only on the express authority of the opening bank and provided that it is expressly designated as « transférable » or « assignable » (...).* ».

⁽²²⁴⁾ Article 38 (b) RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Si autorisé par la Lettre de Crédit, le transfert peut se faire à plusieurs bénéficiaires, mais il ne peut y avoir qu'un seul transfert par Lettre de Crédit⁽²²⁵⁾. Les RUU600 ne définissent pas ce qu'est la cession d'une Lettre de Crédit bien qu'elle soit prohibée aux termes de ces règles⁽²²⁶⁾. Par la définition de l'expression « transfert » incluse dans les RUU, il est impossible de distinguer le transfert de la cession d'une Lettre de Crédit⁽²²⁷⁾ d'autant plus que ces expressions sont, en pratique, couramment utilisées conjointement⁽²²⁸⁾ à titre de synonyme⁽²²⁹⁾ pour désigner l'opération juridique aux termes de laquelle la propriété d'un droit est transférée. L'expression « transfert » est définie en droit québécois comme étant une « (o)pération par laquelle une personne transmet à une autre un droit, une obligation, une charge. »⁽²³⁰⁾ tandis que l'expression « cession » est définie comme étant une « (t)ransmission entre vifs, par le cédant au cessionnaire, à titre onéreux ou gratuit, d'un droit ou d'un bien. »⁽²³¹⁾. Notons que la majorité des répondants au Questionnaire croient, à tort, que la cession et le transfert d'une Lettre de Crédit sont synonymes et qu'ils sont permis aux termes des RUU.

Pour combler cette imprécision des RUU quant à la distinction entre le transfert et la cession d'une Lettre de Crédit, il faut s'en remettre à la doctrine sur le sujet⁽²³²⁾. La

⁽²²⁵⁾ Article 38 (d) RUU600.

⁽²²⁶⁾ Article 39 RUU600.

⁽²²⁷⁾ Certains auteurs sont d'avis que l'expression « transfert » est inappropriée. À ce sujet, voir An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Interlegal, Pretoria, South Africa, 1997, p. 482 ; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 44.

⁽²²⁸⁾ Il est fréquent de voir dans un contrat : « *Le cédant vend, cède et transfère au cessionnaire (...)* ».

⁽²²⁹⁾ Voir les définitions de cession et de transfert dans le Dictionnaire de droit Privé et lexiques bilingues : *Les obligations*, Centre de recherche en droit privé et comparé au Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 45-331 où réciproquement on renvoie l'expression « transfert » à l'expression « cession » et vice-versa.

⁽²³⁰⁾ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2001, p. 554.

⁽²³¹⁾ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2001, p. 81.

⁽²³²⁾ Notamment Rolf A. SCHÜTZE et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries* ; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication N° 633, 2001. P.38-39 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, I Pretoria, South Africa,

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

doctrine canadienne nous indique qu'une Lettre de Crédit transférable est une Lettre de Crédit émise en faveur d'un premier bénéficiaire qui, au lieu de demander le paiement à l'institution financière émettrice ou confirmatrice, le cas échéant, demande à cette dernière d'émettre une nouvelle Lettre de Crédit en faveur d'un ou de plusieurs seconds bénéficiaires. Le transfert d'une Lettre de Crédit doit se distinguer d'une cession en ce que lors d'une cession, il y a transfert de l'instrument même comprenant tous les droits, titres et intérêts de l'instrument à une tierce partie : le cessionnaire. Le professeur Lazar Sarna explique la distinction entre le transfert et la cession d'une Lettre de Crédit comme suit :

« (t)he beneficiary of a credit, as a middle-man in a sale transaction, may wish to pass on the benefits of the primary credit to his own supplier of his own credit in favour of his vendor; or he may transfer the primary credit to his vendor by returning the original credit and receiving a new letter naming his vendor as the beneficiary. If the primary credit is a negotiation credit, the beneficiary may draw a draft in the issuer to his own order, endorse the draft to his supplier, deliver the same to the latter with the documents called under the primary credit and leave the supplier to make presentation and demand to the issuer. Otherwise, the original beneficiary may simply assign the proceeds of the credits to his vendor by way of regular assignment document (...). »⁽²³³⁾.

La Lettre de Crédit ne peut être transférable que si elle contient une mention à cet effet⁽²³⁴⁾. Bien que permise par les RUU, le fait qu'une Lettre de Crédit soit transférable contrevient-il à son utilité et son efficacité dans le commerce international ? Tel que mentionné précédemment, la Lettre de Crédit fut créée à titre d'instrument de paiement pour répondre à un besoin de protection autant du côté de l'importateur (acheteur) que de celui de l'exportateur (vendeur). L'importateur

Interlegal, 1997, p. 483 ; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 44.

⁽²³³⁾ La Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Royal Bank of Canada c. Horn and Horn*, 72 Alta. L.R. (2d) 79 (B.R. Alta) a repris les propos de Sarna – *The Law and Current Practice*, 3rd ed. (1989), at pp. 7-8.

⁽²³⁴⁾ Article 38 RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

(acheteur) qui utilise la Lettre de Crédit désire se procurer une marchandise particulière auprès d'un exportateur (vendeur) spécifique⁽²³⁵⁾ et en utilisant la Lettre de Crédit, il veut se prémunir contre certains risques liés à cet exportateur (vendeur). Avec respect pour certains auteurs qui prétendent qu'une Lettre de Crédit est par nature transférable, puisqu'ils sont d'avis que le résultat que poursuit l'importateur (acheteur) en faisant ouvrir une Lettre de Crédit consiste à être mis en possession de documents déterminés lui donnant droit à une marchandise déterminée et ce, peu importe de qui provient cette marchandise, nous croyons que le transfert d'une Lettre de Crédit va à l'encontre du but recherché à savoir, l'acquisition d'une marchandise spécifique. Il est vrai que le paiement d'une Lettre de Crédit se fait contre documents et non contre marchandise, mais justement pour que l'importateur (acheteur) puisse contrôler indirectement la qualité de la marchandise, cette dernière doit provenir d'un exportateur (vendeur) déterminé. De plus, sans entrer dans les détails du sujet, nous sommes d'avis que le transfert d'une Lettre de Crédit peut devenir un moyen de spéculation. D'ailleurs, n'est-il pas la raison pour laquelle peu de Lettres de Crédit émises sont transférables⁽²³⁶⁾ ?

Pour que le transfert de la Lettre de Crédit soit possible, il faut obtenir le consentement de toutes les parties impliquées à la Lettre de Crédit à savoir, le donneur d'ordre, le bénéficiaire, l'institution financière émettrice et lorsque le Crédit est confirmé, de l'institution financière confirmatrice. L'autorisation expresse du donneur d'ordre doit se retrouver à l'intérieur de la Lettre de Crédit, car le transfert qui en résulte constitue la substitution d'une partie désignée dans le contrat conclu entre le donneur d'ordre et l'institution financière qui a accepté d'émettre la Lettre de Crédit. Il faut également le consentement de l'institution financière émettrice et de l'institution financière confirmatrice, le cas échéant, ainsi que le consentement du

⁽²³⁵⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 8.

⁽²³⁶⁾ Les réponses obtenues au Questionnaire ont démontré que peu de Lettres de Crédit transférables sont émises.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

bénéficiaire pour déléguer en tout ou en partie le bénéfice de l'opération⁽²³⁷⁾ par opposition à la Lettre de Crédit en tant que telle.

Le principe de l'incessibilité de la Lettre de Crédit s'explique par la nature du caractère *intuitu personae*⁽²³⁸⁾ caractérisant l'engagement de l'institution financière émettrice et confirmatrice, le cas échéant, envers le bénéficiaire désigné⁽²³⁹⁾. Le caractère *intuitu personae* réside dans le fait que l'institution financière qui s'engage à payer à une personne déterminée, un montant déterminé, selon les conditions mentionnées dans la Lettre de Crédit n'aura aucune obligation envers une tierce partie⁽²⁴⁰⁾. D'ailleurs, les commissions exigées par l'institution financière lors d'une émission d'une Lettre de Crédit sont directement liées à la réputation du bénéficiaire de la Lettre de Crédit. Nul ne peut nier que la qualité et la moralité du bénéficiaire ont une importance considérable pour l'institution financière négociatrice, puisque c'est le bénéficiaire qui émettra les documents qui, lorsque échangés, permettront à ce dernier d'obtenir le paiement de la Lettre de Crédit :

« (s)i donc le banquier est amené à payer des documents relatifs à une marchandise douteuse ou non conforme à celle que son client est en droit d'attente, celui-ci supportera une perte susceptible peut-être d'ébranler sa situation financière et, par cela même, de compromettre l'issue favorable du financement consenti par le banquier. Sur le plan propre du crédit documentaire, le banquier n'encourra aucune responsabilité si le bénéficiaire a été payé contre remise de documents conformes à ceux exigés dans sa lettre de crédit, mais sur le plan du crédit bancaire dont il assure le financement, il pourra se trouver devant une créance qui peut être

⁽²³⁷⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 7.

⁽²³⁸⁾ Le contrat *intuitu personae* est un contrat consenti en considération de la personnalité d'un cocontractant. A ce sujet, voir : Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 4^e éd., 2007, p. 262.

⁽²³⁹⁾ Dans l'affaire *Hush Puppies Canada Inc. Ltd. c. Rodimar Canada Inc.*, 1999 CanLII 4690 (QC C.Q.), la Cour a indiqué que la vente de l'immeuble par Rodimar Canada Inc. à Rodighiero n'avait pas pour effet de céder à ce dernier la lettre de garantie irrévocable que le locataire avait consenti à Rodimar Canada Inc. à titre de garantie du loyer.

⁽²⁴⁰⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 7.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

difficilement recouvrable. La qualité et la moralité du bénéficiaire représentent donc un problème non seulement pour le banquier, mais également pour le donneur d'ordre. Ce dernier traite avec un vendeur inconnu de lui, d'autant plus que ce vendeur peut être amené à présenter des documents apocryphes rendant la transaction qu'il espérait inexistante. »⁽²⁴¹⁾.

Cette non cessibilité s'applique également au niveau de l'institution financière émettrice de la Lettre de Crédit. Une institution financière émettrice ne peut pas se faire substituer dans ses droits et obligations aux termes de la Lettre de Crédit étant entendu que le bénéficiaire a accepté de se faire payer par une Lettre de Crédit, car l'engagement provenait d'une institution financière spécifique⁽²⁴²⁾. Ceci s'explique notamment par le fait que la garantie de paiement de la Lettre de Crédit ne résiste pas à la déconfiture financière d'une institution financière⁽²⁴³⁾ d'où la possibilité pour un bénéficiaire qui doute de la réputation de l'institution financière émettrice, d'exiger que la Lettre de Crédit soit confirmée par une institution financière dont il a confiance d'obtenir le paiement.

De plus, il ne faut guère passer outre le fait que le lien juridique relatif au paiement de la Lettre de Crédit est entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire de la Lettre de Crédit et que cette obligation de paiement est automatique suivant une Présentation Conforme dans les délais requis. De la sorte,

« (...) on voit mal comme elle (l'institution financière) pourrait être tenue d'enquêter sur la possible existence d'un mandat entre le bénéficiaire de la lettre de crédit et la personne qui réclame le paiement à titre de cessionnaire du produit de la lettre de crédit. Une telle obligation nuirait inévitablement à l'utilité et l'efficacité des lettres de crédit. »⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴¹⁾ Charles BOUTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 35.

⁽²⁴²⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p 9.82.

⁽²⁴³⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal*, 1998 CanLII 12720 (QC C.A.).

⁽²⁴⁴⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal*, 1998 CanLII 12720 (QC C.A.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Considérant que la Lettre de Crédit a été créée à titre d'instrument de paiement international, fiable, sécuritaire et autonome, il va de soi que l'obligation de paiement de l'institution financière émettrice ne puisse s'étendre au cessionnaire du bénéficiaire.

2.2.2.1.2 L'exception au principe d'incessibilité : la cession du produit.

Nonobstant le principe de l'incessibilité de la Lettre de Crédit, son produit peut être cédé⁽²⁴⁵⁾ et ce, que ladite Lettre de Crédit soit transférable ou non⁽²⁴⁶⁾. Effectivement, le fait que la Lettre de Crédit ne soit pas cessible en tant qu'instrument n'empêche pas que son produit puisse l'être⁽²⁴⁷⁾. D'ailleurs, les RUU600 autorisent expressément la cession de la créance d'une Lettre de Crédit :

« (l)e fait qu'un crédit ne soit pas désigné comme transférable n'affectera pas le droit du bénéficiaire de céder tout droit de créance qu'il détient ou pourrait détenir en vertu de ce crédit, conformément aux dispositions de la loi applicable. Cet article vise seulement la cession de créances et non la cession du droit de réaliser les conditions du crédit. »⁽²⁴⁸⁾.

La Cour supérieure dans la décision *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal*⁽²⁴⁹⁾ réitère le principe de l'incessibilité de la Lettre de Crédit et son exception : la cession de son produit. Dans cette affaire, le titre du document de cession indiquait une cession du produit de la Lettre de Crédit « *Assignment of*

⁽²⁴⁵⁾ Henry LESGILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p. 9.82.

⁽²⁴⁶⁾ Nonobstant que les RUU prévoient que le produit d'une Lettre de Crédit puisse être cédé, nous sommes d'avis, considérant la malléabilité des RUU, que les parties pourraient prévoir dans la Lettre de Crédit que son produit est incessible.

⁽²⁴⁷⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 9. Ainsi, une Lettre de Crédit n'étant point cessible, elle ne peut pas être hypothéquée alors que son produit peut l'être.

⁽²⁴⁸⁾ Article 38 RUU600. Il est indiqué dans les commentaires des rédacteurs des RUU600 sur cet article que « (a)lthough some ICC national committees were in favour of removing this article, the majority supported the decision of the Drafting Group to retain it. ». *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 165.

⁽²⁴⁹⁾ J.E. 93-1314 (C.S.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Payments under Contracts » alors que le contenu du document de cession était plus large qu'une simple cession de son produit :

« (t)he undersigned (...) hereby assigns and transfers to THE BANK OF NOVA SCOTIA (herein called "the bank") all debts, demands and choses in action which are now due, owing or accruing due or which may hereafter become due, owing or accruing due to the Customer and all claims of whatsoever nature or kind (...). ».

La Cour supérieure indiqua qu'il s'agit d'une erreur que de se fier au titre du contrat de cession ; pour déterminer s'il s'agit bel et bien d'une cession du produit d'une Lettre de Crédit, il faut aller au-delà du titre du document et vérifier son contenu. D'ailleurs, soulignons qu'en pratique, il est courant de retrouver une disposition dans un contrat à l'effet que « *le titre du contrat et des articles dudit contrat sont insérés pour en faciliter la consultation et n'affectent aucunement l'interprétation du contrat en soi* ». Nous ne pouvons contester que dans cette affaire, le titre du document ne reflétait pas son contenu. Toutefois, considérant l'application discrétionnaire des RUU, nous sommes d'avis que les parties pouvaient contractuellement convenir que la Lettre de Crédit était cessible si telle était leur intention. Effectivement, considérant que les parties à une Lettre de Crédit peuvent amender ou exclure certaines des dispositions des RUU y applicables, pourquoi elles ne pourraient pas prévoir que le droit de réaliser les conditions de leur Crédit sont cessibles contrevenant ainsi à un des grands principes fondamentaux de la Lettre de Crédit à savoir, son incessibilité ? Conscient des conséquences d'une telle interprétation et surtout de son non sens, nous croyons que rien n'empêche les parties d'exclure le principe de l'incessibilité d'une Lettre de Crédit si tel est leur volonté et que la Lettre de Crédit le prévoit expressément.

Notons que les RUU ne prévoient pas les termes et conditions applicables à la cession du produit d'une Lettre de Crédit et s'en remettent « aux dispositions de la loi applicable »⁽²⁵⁰⁾, c'est-à-dire au droit national. Dès lors, les règles de conflit de

⁽²⁵⁰⁾ Article 38 RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

lois deviennent un enjeu, puisque la Lettre de Crédit est généralement utilisée pour des transactions internationales. La problématique relative à l'application du droit national pour combler les lacunes et incertitudes des RUU sera étudiée à la section 2.3.1.3. Nul doute que l'application du droit national pour combler de telles lacunes et incertitudes contrevient à l'uniformité internationale des RUU.

2.2.2.2 Le principe de la stricte conformité.

Le principe de la stricte conformité⁽²⁵¹⁾ de la Lettre de Crédit se résume comme suit : la Lettre de Crédit « (...) *should provide for honoring drafts or demands for payment upon presentation of documents.* »⁽²⁵²⁾. Les RUU600 définissent l'expression « Présentation Conforme » comme étant « (u)ne présentation qui est en conformité avec les termes et conditions du crédit, les dispositions applicables de ces règles et les pratiques bancaires internationales standard. »⁽²⁵³⁾.

2.2.2.2.1 La conformité des documents avec les conditions de la Lettre de Crédit.

Face à la rigueur de la Lettre de Crédit et au paiement quasi automatique devant résulter de sa mise en jeu, le strict respect du formalisme de la Lettre de Crédit constitue la seule barrière pour encadrer son exécution et apprécier l'automaticité de son paiement. Il appartient donc au bénéficiaire de s'assurer du respect des conditions indiquées dans la Lettre de Crédit dans les délais y mentionnés pour obtenir son paiement⁽²⁵⁴⁾.

⁽²⁵¹⁾ Nous pouvons également retrouver le principe de la stricte conformité sous d'autres appellations comme par exemples, le principe du formalisme et le principe de la rigueur documentaire. A ce sujet, voir Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 87a.

⁽²⁵²⁾ *United Bank Ltd. c. Cambridge Sporting Goods Corp.*, 41 N.Y. 2d 254, 392 N.Y.S. 2d 265, 360 N.E. 2d 943, 20 U.C.C. Rep. Serv. (C.B.C.) 980 (1976).

⁽²⁵³⁾ Article 2 RUU600.

⁽²⁵⁴⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 59.

2.2.2.2.2 L'évaluation de la conformité de la présentation.

Pour procéder au paiement de la Lettre de Crédit, l'institution financière négociatrice devra s'assurer de la conformité des documents présentés avec les conditions de la Lettre de Crédit et ce, dans un délai maximal de cinq jours ouvrables⁽²⁵⁵⁾ de la présentation par le bénéficiaire⁽²⁵⁶⁾. Mentionnons que sous les RUU500, l'évaluation de la conformité de la présentation devait se faire dans un délai raisonnable qui n'excédait pas sept jours ouvrables. Les rédacteurs des RUU600 expliquent les changements apportés au délai d'évaluation d'une Présentation Conforme comme suit :

« UCP 600 sub-article 14 (b) establishes the maximum period of time for the examination of documents to be five banking days following the day of presentation in order to determine if a presentation is complying and differs in several important respects from UCP 500 sub-article 13 (b). In addition to the fact that the time period has been reduced from seven to five banking days following the day of presentation, the reference to « reasonable time » has been removed. Reference to reasonable time was removed from UCP 600 due to the lack of a standard application of this concept globally. In fact, it was still the case during the revision process that a number of banks considered a reasonable time to be the full seven banking days following the day of receipt of the documents. »⁽²⁵⁷⁾.

Bien que l'exigence du délai raisonnable ait été supprimée aux termes des RUU600, certains auteurs sont d'avis que les tribunaux continueront de l'appliquer : « (...) *the courts would continue to require determination within a reasonable time.* »⁽²⁵⁸⁾. Mais pourquoi ? Un délai de cinq jours n'est-il pas un délai raisonnable ? Bien que les

⁽²⁵⁵⁾ Il est intéressant de noter que ce délai est de sept jours aux termes de la section 5-108 (b) du UCC. Est-ce pour être conforme au délai mentionné aux RUU considérant que le délai était de sept jours aux termes des RUU500 ?

⁽²⁵⁶⁾ Article 14 (b) RUU600.

⁽²⁵⁷⁾ *Commentary on UCP600 : Article-by-article Analysis by the UCP drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 62.

⁽²⁵⁸⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 239.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

changements apportés au délai nous semblent rationnels, nous laissons le soin aux tribunaux de se prononcer sur cette question.

Si l'institution financière négociatrice est objectivement d'avis qu'il y a Présentation Conforme et ce, dans les délais requis, elle procédera au paiement de la Lettre de Crédit⁽²⁵⁹⁾. À défaut de s'assurer du strict respect des documents avec les conditions de la Lettre de Crédit, l'institution financière négociatrice est susceptible d'engager sa responsabilité⁽²⁶⁰⁾ et de se voir ensuite privée d'un recours en remboursement contre le donneur d'ordre et dans le cas d'une Lettre de Crédit confirmée, contre l'institution financière émettrice⁽²⁶¹⁾. Il faut garder à l'esprit que si l'institution financière négociatrice « (...) agit selon les instructions de la Lettre de Crédit, il n'y a pas de risque; si elle refuse d'agir autrement, il n'y a pas de risque; si elle s'écarte des conditions établies, elle agit à ses propres risques. »⁽²⁶²⁾. En réalité, nous devons admettre que des divergences entre les documents et la Lettre de Crédit n'auront d'implication que si l'institution financière négociatrice est trompée et paie sans droit le bénéficiaire. Bien entendu, un donneur d'ordre qui a reçu la marchandise conformément au Contrat Commercial pourrait poursuivre l'institution financière négociatrice pour avoir payé la Lettre de Crédit, alors que les documents n'étaient pas conformes aux conditions de la Lettre de Crédit. Nul doute que le donneur d'ordre serait de mauvaise foi s'il agissait ainsi et nous sommes portés à croire qu'un tribunal considérerait un tel recours comme abusif.

Mais quel standard l'institution financière négociatrice doit-elle adopter dans son évaluation de la conformité d'une présentation d'une Lettre de Crédit ? La Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de*

⁽²⁵⁹⁾ Article 15 RUU600.

⁽²⁶⁰⁾ Certains auteurs sont d'avis que les dispositions d'une Lettre de Crédit excluant la responsabilité de l'institution financière émettrice sont raisonnables et valides considérant la faible rémunération que cette dernière reçoit du donneur d'ordre. E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 167.

⁽²⁶¹⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p. 9.68.

⁽²⁶²⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.* [1987] 1 S.C.R. 59.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Montréal⁽²⁶³⁾ a réitéré le principe de la stricte conformité élaboré par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear*⁽²⁶⁴⁾ en précisant que l'institution financière négociatrice est tenue d'honorer le paiement d'une Lettre de Crédit lorsque les documents, après un « examen raisonnablement attentif », présentent une apparence de conformité avec les conditions de la Lettre de Crédit. La Cour d'appel va même jusqu'à formuler que « (...) la banque émettrice n'a pas à faire enquête sur la qualité des signataires, au-delà de l'apparence de conformité. »⁽²⁶⁵⁾.

Il a été à maintes reprises reconnu par la jurisprudence et la doctrine que l'obligation de l'institution financière négociatrice doit se borner exclusivement à « un examen raisonnable »⁽²⁶⁶⁾ de l'apparence de conformité des documents représentant la marchandise et ce, pour conserver son objectivité face aux obligations des parties aux termes du Contrat Commercial :

« (c)e serait une ingérence malheureuse dans les opérations commerciales si une banque, avant d'honorer des traites tirées sur elle, était obligée de vérifier au-delà de l'apparence les documents à la demande de l'acheteur ou même était autorisée à le faire et de s'immiscer dans les controverses entre l'acheteur et le vendeur concernant la qualité de la marchandise expédiée. »⁽²⁶⁷⁾.

Rappelons-nous que ce standard de « soin raisonnable » de l'institution financière négociatrice dans l'évaluation des documents était imposé par les RUU500 :

« (l)es banques doivent examiner avec un soin raisonnable les documents stipulés dans le crédit pour vérifier s'ils présentent ou non l'apparence de conformité. La conformité apparente des documents stipulés avec les termes et conditions du crédit sera déterminée en fonction des pratiques

⁽²⁶³⁾ 1998 CanLII 12720 (QC C.A.).

⁽²⁶⁴⁾ [1987] 1 R.C.S. 59.

⁽²⁶⁵⁾ 1998 CanLII 12720 (QC C.A.).

⁽²⁶⁶⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 39.

⁽²⁶⁷⁾ *Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp.* 31 N.Y. S. 2d 633 (S.C. 1941).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

bancaires internationales telles que reflétées dans les présents articles. Les documents qui en apparence sont incompatibles entre eux seront considérés comme ne présentant pas l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit (...). »⁽²⁶⁸⁾.

Tel que mentionné précédemment, une étude a démontré que 70 % des documents présentés en vertu d'une Lettre de Crédit étaient rejetés dès leur première présentation sous les RUU500 pour non-conformité avec les conditions de la Lettre de Crédit⁽²⁶⁹⁾. Dès lors, les rédacteurs des RUU600 ont jugé nécessaire d'assouplir le standard de vérification des documents ; l'exigence pour l'institution financière négociatrice d'« *examiner avec un soin raisonnable les documents* » a été supprimée et l'institution financière négociatrice doit désormais « *examiner une présentation pour déterminer sur la base des seuls documents si ceux-ci présentent ou non l'apparence d'une présentation conforme* »⁽²⁷⁰⁾. Peut-être est-il trop tôt pour se prononcer sur l'assouplissement apporté d'une réforme des RUU en juillet 2007 quant au standard de l'évaluation de la conformité d'une présentation, mais reste que nous croyons que les institutions financières négociatrices continueront d'examiner les documents avec un soin « raisonnablement attentif ». Notre prétention s'appuie sur la définition de « Présentation Conforme », laquelle exige que la présentation soit en conformité avec les pratiques bancaires internationales standard et l'une desdites pratiques est sans aucun doute le professionnalisme dont doit faire preuve l'institution financière envers son client, le donneur d'ordre, et cela comprend certainement la vérification raisonnable de la conformité des documents pour procéder au paiement de la Lettre de Crédit. Quoique d'un autre côté, l'examen des documents ne doit pas retarder le paiement de la Lettre de Crédit et mettre en jeu l'efficacité de la Lettre de Crédit à titre d'instrument international de paiement.

Il n'est pas surprenant que les rédacteurs des RUU600 aient voulu préciser que l'évaluation de la conformité d'une présentation doit se faire uniquement quant aux

⁽²⁶⁸⁾ Article 13 (a) RUU500.

⁽²⁶⁹⁾ Introduction des RUU600.

⁽²⁷⁰⁾ Article 14 (a) RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

documents. D'ailleurs, comment pourrions-nous exiger de l'institution financière négociatrice qu'elle examine au-delà des documents pour déterminer si une présentation est conforme ou ne l'est pas alors que nous lui demandons de se prononcer dans un délai de cinq jours suivant la présentation des documents⁽²⁷¹⁾ ? Nous sommes d'accord avec certains auteurs soutenant que « (...) *document examination requires judgment by the bank and is not a mechanical exercise comparison. The doctrine of strict compliance is not to be applied in a literal or robotic manner.* »⁽²⁷²⁾. Toutefois, un tel discernement doit, selon nous, s'appliquer uniquement à l'examen des documents.

Mais est-ce un fardeau trop lourd que doit supporter l'institution financière négociatrice que d'agir avec discernement alors qu'elle devrait théoriquement agir objectivement ? Est-ce dire que l'objectivité de l'institution financière négociatrice doit laisser place à sa subjectivité ? Nous croyons que « (...) *le donneur d'ordre est en droit de présumer que l'émetteur qui a joué un rôle important dans la rédaction ou qui a aidé à la rédaction du crédit pourra reconnaître, dans une certaine mesure, si les différences sont commercialement pertinentes ou non.* »⁽²⁷³⁾. Mais cette présomption a des limites et si l'institution financière négociatrice a un doute sur la conformité de la présentation, elle devrait, selon nous, refuser de procéder au paiement de la Lettre de Crédit ou tout simplement aller voir le donneur d'ordre pour qu'il renonce à la Présentation Conforme⁽²⁷⁴⁾ au risque d'engager sa responsabilité envers le donneur d'ordre. Rappelons-nous que, la responsabilité de l'institution financière est engagée uniquement si elle paie sans droit le bénéficiaire de la Lettre de Crédit quoique, d'un autre côté, sa réputation est mise en doute si elle refuse trop fréquemment de procéder au paiement des Lettres de Crédit dont elle agit à titre d'institution financière négociatrice. De plus, une institution financière n'est jamais à

⁽²⁷¹⁾ Article 14 (b) RUU600.

⁽²⁷²⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 183.

⁽²⁷³⁾ Lazar SARNA, « Les parties à une lettre de crédit » dans *Lettre de crédit et acceptation bancaire* conférence tenue le 1^{er} avril 1993 à Montréal, p. 126.

⁽²⁷⁴⁾ Un répondant au Questionnaire travaillant pour une institution financière canadienne nous a indiqué que très rarement une institution financière refusera de payer la Lettre de Crédit, puisque dans la majorité des cas, le donneur d'ordre renonce aux irrégularités.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (...) l'abri d'une poursuite en dommages fondée sur son refus injustifié de payer au motif que la divergence était mineure ou qu'il était justifié de passer outre une divergence qu'il considérait être une simple trivialité. »⁽²⁷⁵⁾.

Le tribunal devant un litige relatif à la conformité d'une présentation devrait, selon nous, respecter l'avis de la l'institution financière négociatrice quant aux irrégularités soulevées, mais s'il voit qu'une

« (...) lettre de crédit est respectée en substance, les tribunaux devraient faire tous les efforts raisonnables pour maintenir sa validité, particulièrement lorsque les oppositions sont de nature formaliste et sont présentées seulement dans le but d'échapper aux conséquences juridiques d'une opération commerciale intéressantes. »⁽²⁷⁶⁾.

Imposer le même standard de discernement aux institutions financières négociatrices et aux tribunaux est, selon nous, une erreur. Tout comme l'institution financière négociatrice, un tribunal doit agir avec objectivité dans l'évaluation de la conformité de la présentation d'une Lettre de Crédit, mais cette objectivité est plus subjective que celle d'une institution financière négociatrice, car le rôle d'un tribunal est de rendre une décision éclairée en prenant en considération toutes les circonstances liées au litige. Dès lors, alors que l'institution financière négociatrice a une obligation contractuelle envers les parties d'évaluer la stricte conformité des documents pour procéder au paiement d'une Lettre de Crédit, un tribunal a un devoir moral d'agir objectivement et pourra, s'il le juge nécessaire, contrevenir aux principes fondamentaux de la Lettre de Crédit et exiger le paiement d'une Lettre de Crédit nonobstant quelques divergences dans la présentation. Il est important de souligner qu'un tribunal n'engagera pas sa responsabilité envers les parties étant indépendant au mécanisme de la Lettre de Crédit alors que l'institution financière négociatrice pourra engager sa responsabilité si elle outrepassé les instructions du donneur d'ordre.

⁽²⁷⁵⁾ Lazar SARNA, « Les parties à une lettre de crédit » dans Lettre de crédit et acceptation bancaire conférence tenue le 1^{er} avril 1993 à Montréal, p. 134.

⁽²⁷⁶⁾ *Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n c. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City*, 116 F. Supp.233 (W.D. Okl 1953), p. 243.

2.2.2.2.3 La conformité de la présentation avec les pratiques bancaires.

La définition de Présentation Conforme incluse dans les RUU600⁽²⁷⁷⁾ indique que non seulement les documents doivent être conformes aux conditions de la Lettre de Crédit, mais également aux dispositions applicables des RUU ainsi qu'aux pratiques bancaires internationales standard. Mais qu'entendons-nous par « pratiques bancaires internationales standard » ? La CCI a publié l'ouvrage intitulé *International Standard Banking Practice for the examination of documents under Documentary Credits*⁽²⁷⁸⁾ dans lequel nous retrouvons, tel que son nom l'indique, les pratiques bancaires internationales standard pour l'examen des documents relatifs aux crédits documentaires. Pourtant, les RUU600, réforme postérieure aux ISBP, ne font pas référence aux dites pratiques, mais pourquoi ? Les rédacteurs des RUU600 nous indiquent que les RUU ne peuvent renvoyer aux ISBP pour faire référence aux pratiques bancaires internationales standard que doivent respecter les documents pour constituer une Présentation Conforme considérant que les ISBP ne comprennent pas toutes les pratiques bancaires internationales standard essentielles pour constituer une telle présentation aux termes des RUU. Les auteurs des RUU600 s'expliquent comme suit :

« (m)any of these practices are contained in the ICC's publication *International Standard Banking Practice for the examination of documents under Documentary credits ("ISBP")* (ICC Publication No. 684); however, the practices are broader than what is stated in this publication. Whilst the ISBP publication includes many banking practices, there are others that are also commonly used in documentary credit transactions beyond those related to the examination of documents. For this reason, the definition of complying examination does not specifically refer to the *International Standard Banking Practice* publication. »⁽²⁷⁹⁾.

⁽²⁷⁷⁾ Article 2 RUU600.

⁽²⁷⁸⁾ International Chamber of Commerce, Paris, Publication N° 681, 2007.

⁽²⁷⁹⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 16.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Il va sans dire qu'il faut non seulement nous en remettre aux pratiques bancaires internationales mentionnées dans les ISBP, mais également aux pratiques bancaires nationales⁽²⁸⁰⁾ pour déterminer de la conformité d'une présentation. N'est-il pas absurde qu'un instrument international soit appliqué et interprété selon les pratiques nationales alors qu'il existe de nombreuses divergences dans les pratiques bancaires entre les divers pays ? L'évaluation de la stricte conformité des documents qui se voulait, de prime abord objectif, est en fait beaucoup plus subjective que nous l'imaginons ; cette évaluation se fait également en fonction des pratiques nationales des institutions financières.

2.2.2.2.4 La concordance des documents entre eux.

Non seulement les documents présentés par le bénéficiaire doivent être conformes aux conditions mentionnées dans la Lettre de Crédit et aux pratiques bancaires internationales standard, mais les documents doivent également concorder entre eux. Cette règle découle de l'article 16 RUU600 aux termes duquel, l'institution financière négociatrice a l'obligation de motiver son refus de procéder au paiement de la Lettre de Crédit pour non-conformité. Ainsi, suivant un tel avis de refus, le bénéficiaire peut régulariser sa demande de paiement et ce, jusqu'à la date d'expiration de la Lettre de Crédit. Toutefois, une fois la demande régularisée, les documents devront conserver une concordance entre eux⁽²⁸¹⁾. C'est ce que la Cour Suprême du Canada a confirmé dans l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear*⁽²⁸²⁾ en réitérant qu'en vertu du principe de la stricte conformité, non seulement les documents présentés pour obtenir le paiement doivent, après un

⁽²⁸⁰⁾ An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 272.

⁽²⁸¹⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p.138 ; Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 47. Ce principe a été à maintes reprises repris par les tribunaux notamment dans *699971 Manitoba Ltd. c. National Bank of Canada*, 122 D.L.R. (4^e) 609, (C.A. Man.) ; Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 188-189 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 275.

⁽²⁸²⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.* [1987] 1 S.C.R. 59.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

examen suffisamment « attentif » de l'institution financière négociatrice, être conformes aux conditions mentionnées dans la Lettre de Crédit, mais qu'ils doivent également concorder entre eux. Bien entendu, dans l'éventualité où la Lettre de Crédit expire avant que le bénéficiaire n'ait eu le temps de remédier aux irrégularités de sa présentation, le bénéficiaire perdra son recours en paiement envers l'institution financière⁽²⁸³⁾ bien qu'il pourra toujours l'exiger du donneur d'ordre aux termes du Contrat Commercial.

Le principe de la stricte conformité n'est pas sans faille ; les divergences documentaires demeurent un problème plus que jamais présent dans l'application et l'interprétation de la Lettre de Crédit, notamment en raison de la diversité des pratiques commerciales nationales. À l'heure actuelle, il semble pratiquement impossible d'exiger que les documents soient parfaitement et strictement conformes aux termes de la Lettre de Crédit. Dès lors, pour maintenir la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement international, la jurisprudence et la doctrine ont créé une exception au principe de la stricte conformité à savoir, les variations mineures entre les documents présentés et les conditions de la Lettre de Crédit.

2.2.2.2.5 L'exception au principe de la stricte conformité : les variations mineures.

Les divergences documentaires sont incontestablement et de manière universelle sources d'inconfort tant pour les institutions financières négociatrices que pour les tribunaux qui doivent appliquer le principe de la stricte conformité afin de procéder au paiement d'une Lettre de Crédit. Certains voient ce principe comme un complément nécessaire à l'essence de la Lettre de Crédit : la théorie des documents à l'image du miroir de la Lettre de Crédit. D'autres essayent de le contourner afin d'établir artificiellement un équilibre entre les parties : la théorie de la conformité

⁽²⁸³⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.* [1987] 1 S.C.R. 59 ; Alan PETERS, *Letters of crédit in export transactions* dans Conférence sur les lettres de crédit tenue le 21 novembre 1997, p.22-24 ; Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 95.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

substantielle des documents à la Lettre de Crédit. Les défenseurs de cette dernière théorie se disent que des déviations par rapport à l'image du miroir sont permises, puisque le formalisme aveugle de la théorie de l'image du miroir ne donne satisfaction à personne si ce n'est qu'à l'institution financière responsable du paiement qui méconnaît son métier et au donneur d'ordre qui essaie d'échapper à ses obligations. Nous ne croyons pas qu'agir objectivement fait de l'institution financière négociatrice une personne qui méconnaît son métier au contraire, c'est si elle outrepassé ses fonctions dans la structure de la Lettre de Crédit qu'elle le méconnaît. Mais comment ces deux théories s'affrontent-elles en pratique ?

Il est généralement reconnu par la doctrine et la jurisprudence que le principe de la stricte conformité des documents aux conditions de la Lettre de Crédit ne s'entend pas des variations et des différences mineures qui ne sont pas suffisamment matérielles pour justifier un refus de paiement⁽²⁸⁴⁾. Malencontreusement, comme cette exception est le fruit de la jurisprudence et de la doctrine en ce qu'elle n'est pas codifiée dans les RUU comme l'est l'exception au principe de l'incessibilité d'une Lettre de Crédit, cette exception est appliquée et interprétée nationalement.

La théorie de la conformité substantielle est appliquée restrictivement au Canada⁽²⁸⁵⁾. Les tribunaux acceptent de faire preuve d'une certaine latitude au niveau des différences mineures avec les conditions de la Lettre de Crédit⁽²⁸⁶⁾ quoique les

⁽²⁸⁴⁾ Notamment dans : *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.* [1987] 1 S.C.R. 62 ; *Good Country Estates Ltd. Toronto Dominion Bank*, 2000 BCSC 562.

⁽²⁸⁵⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN, Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4 éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 280 ; Magaret L. MOSES, « The Irony of International Letters of Credit : They aren't secure, they (Usually) Work » (2003) 120 *Banking L.J.* 479 ; John F.DOLAN, « A Principled Exception to the Strict Compliance Rule in Trilateral Letter of Credit Transactions » (2003) 18 *B.F.L.R.* 245 ; Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 328.

⁽²⁸⁶⁾ Dans l'affaire *Morguard Trust Company c. Royal Bank of Canada and Harvey Holdings Limited* ([1990] 2 W.W.R. 85), la banque défenderesse a émis en faveur du bénéficiaire (le demandeur) une « lettre de crédit » afin de garantir l'exécution d'obligations reliées à des hypothèques détenues par une tierce partie. Soulignons que les parties auraient dû nommer l'instrument une Standby au lieu d'une lettre de crédit considérant qu'elle est émise pour garantir des obligations. Une des conditions de l'instrument était la présentation par le bénéficiaire d'une lettre indiquant que Harvey Holding Ltd. avait des

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

documents devront toujours conserver une concordance entre eux⁽²⁸⁷⁾. Toutefois, advenant une différence substantielle entre les documents présentés et les conditions de la Lettre de Crédit, l'institution financière négociatrice doit refuser de procéder au paiement de la Lettre de Crédit⁽²⁸⁸⁾. En pratique, si l'institution financière

arriérés hypothécaires : « *Letter signed by beneficiary stating that Harvey Holdings Ltd. is in arrears on mortgage payment covering Shadow ridge Townhouses legally described as Condo Plan Edmonton 792-275-7. Unit nos 1-64 inclusive and 10,000 undivided 1/10,000 shares in the common property therein.* ». Le bénéficiaire présenta deux lettres à la banque. La banque refusa de procéder au paiement de l'instrument au motif que la deuxième lettre de demande de paiement omettait de faire référence aux parts communes de la propriété (« *shares in the common property therein* »). La Cour conclut que la référence aux parts communes est une simple énumération et ne fait pas partie des exigences de validité de l'instrument ; le fait que les derniers mots forment une phrase détachée de la première partie appuie cette interprétation. La Cour affirme que même si le principe de la conformité doit être appliqué strictement, ce principe ne peut exiger du bénéficiaire de faire plus que ce qui est demandé dans l'instrument ; le principe de la stricte conformité ne doit pas dicter l'interprétation de l'instrument ou changer les règles de grammaire de l'anglais commun.

⁽²⁸⁷⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 138. Dans l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.* [1987] 1 R.C.S. 59, la cour élabore sur la règle de la conformité en mentionnant que les documents doivent présenter l'apparence de conformité avec les conditions de la lettre de crédit, aussi que ces documents concordent entre eux. Ce principe a été à maintes reprises repris par les tribunaux notamment dans *699971 Manitoba Ltd. c. National Bank of Canada*, 122 D.L.R. (4^e) 609, (C.A. Man.).

⁽²⁸⁸⁾ *Bettan c. 146207 Canada Inc.*, [1999] R.J.Q. 2334 (C.A.). Dans l'affaire *C. Vincent Ltd. c. Bank of Montreal* ([1993] B.C.J. No. 1783), les demandeurs étaient clients de la banque défenderesse. Dans la perspective de garantir un prêt qu'ils avaient avec celle-ci, ils firent émettre deux « lettres de crédit » en leur faveur. Une première, qui garantissait le prêt en faveur de C. Vincent Ltd. et une deuxième, qui garantissait le prêt en faveur de C. Vincent personnellement (par opposition à sa compagnie). Notons que les parties aurait dû nommer leurs instruments des Standby au lieu de Lettres de Crédit considérant qu'elles étaient émises pour garantir des obligations. Les deux lettres exigeaient une traite à vue endossée et un certificat indiquant que la traite était nécessaire afin de repayer l'endettement du client énoncé dans l'instrument. La banque défenderesse a seulement tenté de tirer la deuxième Lettre de Crédit. Elle a présenté un chèque de retrait et un certificat indiquant que la traite était effectuée relativement à la dette de C. Vincent Ltd. De plus, la banque défenderesse n'était pas en mesure de prouver que le chèque de retrait était endossé. La Cour réitère le principe de la stricte conformité de la Lettre de Crédit s'applique au Canada. Les variations mineures, telles l'utilisation d'un mot au singulier au lieu du pluriel, des adjectifs descriptifs superflus ou des erreurs typographiques ne devraient pas être considérées pour refuser le paiement d'une Lettre de Crédit. Dans le cas présent, il y avait toutefois des divergences substantielles dans le chèque de retrait et au certificat. Premièrement, la traite à vue exigée est différente d'un chèque de retrait. Une traite à vue doit être endossée alors que le chèque de retrait ne revêt pas cette exigence. Deuxièmement, le certificat

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

négociatrice vient à la conclusion que les documents ne sont pas conformes aux conditions de la Lettre de Crédit et que les irrégularités lui semblent mineures, elle ira valider cette conclusion auprès du donneur d'ordre⁽²⁸⁹⁾. En fait, l'institution financière négociatrice a l'obligation de motiver son refus de paiement de la Lettre de Crédit aux termes de l'article 16 RUU600. Ainsi, le donneur d'ordre pourrait décider de « lever les irrégularités »⁽²⁹⁰⁾ et accepter que l'institution financière négociatrice procède au paiement de la Lettre de Crédit nonobstant les variations mineures soulevées. Rappelons-nous qu'il n'y a des risques pour l'institution financière négociatrice que si elle s'écarte des conditions mentionnées dans la Lettre de Crédit, c'est-à-dire si elle agit à l'encontre des instructions du donneur d'ordre. Ainsi, pour ne pas engager sa responsabilité, l'institution financière négociatrice doit s'assurer que les variations et les différences sont réellement mineures et que le paiement de la Lettre de Crédit, nonobstant ces variations et différences, ne sera pas contesté par le donneur d'ordre afin d'obtenir le remboursement de la Lettre de Crédit.

Les tribunaux doivent néanmoins faire attention et agir avec une extrême prudence⁽²⁹¹⁾ pour ne pas étendre l'exception des variations mineures, car « (...) il n'y a pas de place pour des documents qui sont presque identiques, ou qui auront le même effet. »⁽²⁹²⁾, puisqu'agir ainsi contrevient aux instructions du donneur d'ordre⁽²⁹³⁾. Sans avoir effectué une recherche exhaustive de la jurisprudence

prévoyait que la traite était requise pour un client différent de celui indiqué dans la Lettre de Crédit. Cette divergence était plus que mineure.

⁽²⁸⁹⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 114.

⁽²⁹⁰⁾ Article 14 (b) RUU600.

⁽²⁹¹⁾ Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 95.

⁽²⁹²⁾ [1987] 1 S.C.R. 59 ; *Equitable Trust Co. of New York c. Dawson Partners Ltd.* (1926) 27 Ll. L. Rep. 49, 52. Ce principe a également été reconnu dans *Hasson c. Hamel & Horley*, [1922] 2 A.C. 46 et par certains auteurs : Rolf A. SCHÜTZE et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication N° 633, 2001, p. 30.

⁽²⁹³⁾ E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 156.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

canadienne en matière de refus de paiement pour motif de non conformité⁽²⁹⁴⁾, notons que les tribunaux canadiens ont accordé à l'institution financière négociatrice le droit de refuser le paiement d'une Lettre de Crédit « (...) lorsqu'il y a une différence concernant la date de livraison⁽²⁹⁵⁾, une différence dans le coût des biens⁽²⁹⁶⁾, la qualité de la livraison⁽²⁹⁷⁾, dans la description de la marchandise⁽²⁹⁸⁾ ou dans le nom du transporteur. »⁽²⁹⁹⁾. Cependant, il ne s'agit que d'exemples, car en réalité, chaque cas est un cas d'espèce et le tribunal prendra en considération toutes les circonstances pour justifier ou non le refus de paiement de la Lettre de Crédit par une institution financière négociatrice.

Mais qu'arrive-t-il si l'institution financière négociatrice examine les documents, les trouve conformes et que le donneur d'ordre lui demande de, nonobstant cette Présentation Conforme dans les délais requis, ne pas procéder au paiement de la Lettre de Crédit sous aucun prétexte ? Nous reconnaissons qu'il est fondamental de respecter les principes gouvernant la Lettre de Crédit, mais à certains égards, le discernement doit primer sur le formalisme de la Lettre de Crédit à défaut, la Lettre de Crédit maniée avec formalisme, au lieu d'être un instrument de protection, peut devenir un instrument de fraude. Nous sommes conscients qu'une interprétation restrictive du principe de stricte conformité peut dissimuler des fraudes⁽³⁰⁰⁾, mais malgré cela, les parties ayant choisi d'utiliser le mécanisme de la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement doivent se contraindre à respecter sa rigidité et son formalisme, sinon à quoi bon vouloir utiliser la Lettre de Crédit. Quoique non

⁽²⁹⁴⁾ Notre recherche s'est limitée aux cas mentionnés dans Lazar SARNA, « Les parties à une lettre de crédit » dans Lettre de crédit et acceptation bancaire conférence tenue 1er avril 1993 à Montréal, p. 125–127.

⁽²⁹⁵⁾ *United States Steel Product Co. c. Irving Bank – Columbia Trust Co.*, F. 2d., 230 (2d Cir. 1925).

⁽²⁹⁶⁾ *Northwoods Paper Mills Ltd. c. National City Bank*, 121 N.Y.S. 2d 543 (Sup. C.T. 1953, affirmé 283 App. Div. 731(1954)).

⁽²⁹⁷⁾ *Wells Fargo Nevada National Bank c. Corn Exch. National Bank* 23 F. 2d. 1 (7th, Cir. 1927).

⁽²⁹⁸⁾ *Caloric Stove Corp. c. Chemical Bank and Trust Co.* 205 F. 2d 492 (2d. Cir. 1953).

⁽²⁹⁹⁾ *English, Scottish and Australian Bank Ltd. c. Bank of South Africa*, Lloyd'a Rep. 21 (1922).

⁽³⁰⁰⁾ Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 112.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

préférable en raison des coûts et des délais non négligeables, le donneur d'ordre peut toujours se retourner contre le bénéficiaire et lui réclamer le remboursement du paiement de la Lettre de Crédit et ce, pour motif d'inexécution du Contrat Commercial.

Le formalisme documentaire est le principe directeur de la Lettre de Crédit, puisqu'il en est un trait essentiel⁽³⁰¹⁾. Mais, est-ce utopique de croire au formalisme du principe de stricte conformité alors qu'il y a maintes divergences dans les documents et pratiques commerciales non seulement entre les divers pays, mais aussi entre les différentes institutions financières émettant des Lettres de Crédit ? Même la création de l'exception des variations mineures aux conditions de la Lettre de Crédit n'aura guère remédié à ces divergences. Comme le souligne l'auteur Mora Costa Ligia, les décisions jurisprudentielles sur le principe de la stricte conformité sont elles-mêmes empreintes de divergences⁽³⁰²⁾ et il est normal qu'il en soit ainsi, car autant l'application que l'interprétation de la Lettre de Crédit se font nationalement. Dès lors, nous pouvons nous demander si le principe de la stricte conformité n'est qu'un principe théorique, car en pratique il s'avère inapplicable avec formalisme⁽³⁰³⁾.

2.2.2.3 Le principe de double autonomie : « *Pay first, argue later* ».

La grande particularité de la Lettre de Crédit est qu'elle évolue en parallèle avec le Contrat Commercial et son originalité tient à son mode de paiement, c'est-à-dire à première demande. Le principe se résume comme suit : « *Pay first, argue later* ».

Les RUU600 énoncent clairement le principe de double autonomie de la Lettre de Crédit comme suit :

⁽³⁰¹⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 245.

⁽³⁰²⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 50.

⁽³⁰³⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 40.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (u)n crédit est, par sa nature, une transaction distincte de la vente ou d'un autre contrat qui peut en former la base. Les banques ne sont en aucune façon concernées ou liées par ce contrat, même si une quelconque référence à celui-ci est incluse dans le crédit. En conséquence, l'engagement d'une banque d'honorer, de négocier 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 ce dernier de moyens de défense fondés sur ses relations avec la banque émettrice ou le bénéficiaire. »⁽³⁰⁴⁾.

De ce principe découlent deux sous-principes à savoir, le principe de l'autonomie de l'engagement de l'institution financière et le principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial.

2.2.2.3.1 L'autonomie de l'engagement de l'institution financière.

Afin que la Lettre de Crédit soit effectivement autonome par rapport au Contrat Commercial, il faut, entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, une personne qui exécutera le paiement de la Lettre de Crédit, laquelle se doit de le faire objectivement. Certains auteurs décrivent le rôle de l'institution financière négociatrice d'une Lettre de Crédit en disant qu'elle doit servir d'équilibre entre les parties, équilibre qui devient inévitable pour juger de l'autonomie de la Lettre de Crédit⁽³⁰⁵⁾. Certes, les institutions financières n'ont ni la compétence, ni le temps, ni la mission de s'ériger en juge de l'exécution du Contrat Commercial⁽³⁰⁶⁾. Bien que l'émission d'une Lettre de Crédit soit généralement une condition à la formation du Contrat Commercial entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre⁽³⁰⁷⁾, un rédacteur soucieux de préserver le formalisme de la Lettre de Crédit se doit d'éviter d'inclure

⁽³⁰⁴⁾ Article 4 (a) RUU600.

⁽³⁰⁵⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 51 ; Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 332.

⁽³⁰⁶⁾ E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 168-169.

⁽³⁰⁷⁾ Burton V. McCULLOUGH, *Lettre de crédit*, feuilles mobiles, Lexis Nexis Matthew Bender, 2005, p. 2.04.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

dans le contenu de la Lettre de Crédit des références au Contrat Commercial. D'ailleurs, les RUU600 le mentionnent expressément : « (u)ne banque devrait décourager toute tentative du donneur d'ordre d'inclure, comme faisant partie intégrante du crédit, des copies du contrat sous-jacent, de la facture pro forma ou similaire. »⁽³⁰⁸⁾. Reste que l'autonomie de l'engagement de l'institution financière n'a sa raison d'être que si elle est complémentaire à l'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial.

2.2.2.3.2 L'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial.

- a) L'exécution du Contrat Commercial ne peut remédier à une non-conformité.

La Lettre de Crédit est autonome par rapport au Contrat Commercial en ce que le bénéficiaire ne peut en aucun cas se prévaloir des rapports contractuels existants que ce soit entre les institutions financières ou entre le donneur d'ordre et l'institution financière émettrice⁽³⁰⁹⁾ et l'institution financière négociatrice, quant à elle, ne peut opposer au bénéficiaire les moyens de défense relatifs au Contrat Commercial pour s'objecter au paiement de la Lettre de Crédit si la présentation est conforme et effectuée dans les délais requis⁽³¹⁰⁾.

Mais cette autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial est-elle absolue ? Qu'arrive-t-il si le Contrat Commercial est annulé : est-ce que la Lettre de Crédit est également annulée ou la force de son autonomie fait en sorte qu'elle survit ? Tout comme l'auteur Henri Lesguillons, nous croyons qu'un donneur d'ordre ne peut chercher à se prévaloir de l'annulation du Contrat Commercial ou l'extinction

⁽³⁰⁸⁾ Article 4(b) RUU600.

⁽³⁰⁹⁾ Article 4(b) RUU600 ; *Banque de Montréal c. Européenne de condiments*, [1989] R.J.Q. 246 (C.S.) ; *Bonnie Sportwear (1978) Ltd. International Trading Co.* J.E. 93-1257 (C.S.) ; article 4 (a) RUU600 ; *Geestmünder Bank A.G. c. Barzelex Inc.*, [1995] R.J.Q. (C.A.) ; *Arontec inc. c. Société commerciale anonyme de construction technique et touristique « Poseidon »*, 2004 CanLII 30938 (QC C.S.).

⁽³¹⁰⁾ Article 4 RUU600.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

de sa créance aux termes dudit contrat pour s'objecter au paiement de la Lettre de Crédit⁽³¹¹⁾. Effectivement, bien que la Lettre de Crédit trouve son origine dans le Contrat Commercial, il n'en demeure pas moins que, quelles que soient les modifications que ce contrat puisse connaître, voir même son annulation, l'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial interdit à toute partie de se prévaloir des exceptions afférentes au Contrat Commercial et par conséquent d'invoquer la nullité de celui-ci ou sa résiliation. D'ailleurs, il a été reconnu par la Cour Suprême du Canada qu'une non conformité documentaire ne peut être réparée par l'exécution réelle du Contrat Commercial⁽³¹²⁾. Bien entendu, le donneur d'ordre pourra toujours exiger du bénéficiaire le remboursement de la Lettre de Crédit pour motif d'inexécution du Contrat Commercial, mais en pratique ceci peut s'avérer fastidieux considérant les coûts et délais liés à une telle poursuite. L'auteur Henri Lesguillons, prônant l'autonomie absolue de la Lettre de Crédit, est même d'avis que les parties ne pourraient guère opposer la compensation entre les sommes devant être payées au bénéficiaire aux termes de la Lettre de Crédit avec la créance que le donneur d'ordre pourrait avoir à l'encontre du bénéficiaire aux termes du Contrat Commercial⁽³¹³⁾. Nous partageons l'avis de cet auteur bien qu'en droit québécois, « (l)a compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent (...). »⁽³¹⁴⁾. Notre raisonnement s'appuie sur la prémisse que la compensation éteint les dettes jusqu'à concurrence de la moindre lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre⁽³¹⁵⁾. Certes, aux termes du Contrat Commercial, l'importateur (donneur d'ordre de la Lettre de Crédit) et l'exportateur (bénéficiaire de la Lettre de Crédit) se trouvent « réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre ». Toutefois, il en est autrement aux termes de la Lettre de Crédit. Effectivement, la structure juridique de

⁽³¹¹⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p. 9.52 ; E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 187.

⁽³¹²⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 59.

⁽³¹³⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p. 9.53.

⁽³¹⁴⁾ Article 1673 Code civil.

⁽³¹⁵⁾ Article 1672 Code civil.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

la Lettre de Crédit fait en sorte qu'il n'y a aucun lien juridique entre le bénéficiaire et l'institution financière bien qu'il y en ait un entre l'institution financière et le bénéficiaire et ce, en raison du principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial. Ainsi, il nous semble impossible, à tout le moins en droit québécois, d'opposer compensation entre les sommes devant être payées au bénéficiaire aux termes de la Lettre de Crédit avec la créance que le donneur d'ordre pourrait avoir à l'encontre du bénéficiaire aux termes du Contrat Commercial, puisque l'institution financière et le bénéficiaire ne sont pas « réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre ». Nous sommes conscients qu'une telle interprétation pourrait être contestée en droit québécois si le lien juridique entre le donneur d'ordre et l'institution financière est assimilé à un mandat. Toutefois, tel qu'expliqué à la section 2.3.2.2.2, nous sommes d'avis qu'un tel lien ne peut s'interpréter par la théorie du mandat. Dès lors, nous croyons, afin de préserver le principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit, que les RUU devraient prévoir spécifiquement qu'une telle compensation est interdite.

2.2.2.3.3 Le paiement contre les documents et non contre les marchandises.

Le paiement d'une Lettre de Crédit se réalisant en échange de documents et non en échange des marchandises faisant l'objet du Contrat Commercial⁽³¹⁶⁾, les documents sont essentiels dans les transactions impliquant une Lettre de Crédit. D'ailleurs, force est de constater que le principe de la stricte conformité des documents est en étroite relation avec le principe de double autonomie de la Lettre de Crédit et qu'il en est même complémentaire. La Lettre de Crédit étant à la base autonome face au Contrat Commercial, c'est-à-dire que l'institution financière négociatrice paiera sur réception des documents et non des marchandises, il faut que le bénéficiaire soit d'une moralité exemplaire afin que soit exclue toute fraude dans la présentation des documents. Nul ne peut nier qu'il peut arriver que les documents soient strictement

⁽³¹⁶⁾ Burton V. McCULLOUGH, *Lettre de crédit*, feuilles mobiles, Lexis Nexis Matthew Bender, 2005, p.4.02 [2][a)]; E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 163, 188.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

conformes avec les conditions de la Lettre de Crédit, mais que lesdits documents ne présentent guère la marchandise⁽³¹⁷⁾. Ainsi, l'institution financière négociatrice devrait théoriquement procéder au paiement de la Lettre de Crédit bien que la marchandise ne soit pas conforme aux termes et conditions du Contrat Commercial. Il est important de souligner que la Lettre de Crédit ne constitue pas un paiement en soi, mais un instrument donnant le droit d'obtenir un paiement. Conséquemment, si l'institution financière refuse de procéder au paiement de la Lettre de Crédit pour quelque raison que ce soit, le bénéficiaire conserve néanmoins son droit d'obtenir le paiement du donneur d'ordre aux termes du Contrat Commercial⁽³¹⁸⁾. Bien entendu, ce droit au paiement en vertu du Contrat Commercial n'est pas aussi autonome et automatique que celui aux termes de la Lettre de Crédit.

En revanche, le principe de double autonomie de la Lettre de Crédit n'est pas sans risque ; il rend l'institution financière négociatrice indifférente aux défauts des parties aux termes du Contrat Commercial et particulièrement aux cas de fraude⁽³¹⁹⁾. D'ailleurs, il ressort des réponses obtenues au Questionnaire que bien souvent les utilisateurs de Lettres de Crédit craignent que la marchandise obtenue suivant le paiement de la Lettre de Crédit ne soit pas conforme avec les termes et conditions du Contrat Commercial et dès lors, ils mettent en doute l'efficacité de la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement international sécuritaire. L'autonomie de la Lettre de Crédit isole l'opération de paiement de l'exécution du Contrat Commercial et est en quelque sorte une garantie quasi-absolue du paiement de la Lettre de

⁽³¹⁷⁾ Charles BONTOUX, *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970, p. 11.

⁽³¹⁸⁾ Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 69.

⁽³¹⁹⁾ Lazar SARNA, *Letters of credit : The Law and Current Practice*, 3rd ed., Toronto, Thomson & Carswell, 2002, p. 5-2.1. Un danger de l'autonomie de la Lettre de Crédit est que ce principe peut camoufler des montages frauduleux, comme par exemple l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal* (J.E. 93-1314 (C.S) jugement confirmé par la Cour d'appel du Québec dans 1998 CanLII 12720 (QC C.A.). Il ressort des faits de cet arrêt que le promoteur contrôlait indirectement la société en commandite, bénéficiaire des Lettres de Crédit. Nonobstant le montage frauduleux découlant de ces faits, nous sommes portés à croire que la Cour, en appliquant le principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit, aurait ordonné le paiement de la Lettre de Crédit si ce n'avait pas été le cessionnaire de la Lettre de Crédit qui aurait demandé paiement.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Crédit par l'institution financière négociatrice⁽³²⁰⁾ d'où l'importance de bien choisir et d'identifier les documents qui devront être présentés par le bénéficiaire pour obtenir le paiement de la Lettre de Crédit. Nul doute, c'est son autonomie qui donne à la Lettre de Crédit son efficacité à titre d'instrument de paiement international, fiable et sécuritaire, mais cette autonomie de la Lettre de Crédit est-elle absolue en pratique ?

2.2.2.3.4 Les exceptions au principe d'autonomie : la fraude et l'ordre public.

Le principe d'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial est fondamental. Celui-ci doit être complété par l'abstraction de l'engagement de l'institution financière négociatrice, synonyme d'indépendance et d'autonomie par rapport à l'ensemble des relations contractuelles entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Toujours est-il que la force particulière de l'autonomie de la Lettre de Crédit ne semble pas suffire à sauvegarder l'équilibre nécessaire des rapports entre les parties d'où la création des exceptions au formalisme de la Lettre de Crédit.

La jurisprudence et la doctrine ont reconnu que la fraude, que ce soit par une demande de paiement manifestement abusive ou frauduleuse et l'ordre public donneront ouverture à un arrêt de paiement de la Lettre de Crédit. Soulignons que ces exceptions au principe de double autonomie de la Lettre de Crédit sont le fruit de la jurisprudence et de la doctrine, puisque rien n'est prévu dans les RUU à leur sujet. D'ailleurs, il est très surprenant qu'il en soit ainsi alors qu'il s'agit d'un sujet de controverse en droit international⁽³²¹⁾. Puisque les RUU ne réglementent pas la fraude et l'ordre public, ces exceptions sont appliquées et interprétées par les divers systèmes de droit à la lumière de leurs fondements nationaux et dès lors, bien que

⁽³²⁰⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN, Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4 éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 279.

⁽³²¹⁾ Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under international Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p. 173-176.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

tous s'entendent pour dire « *fraus omnia corrumpit* »⁽³²²⁾, les balises pour déterminer ce que constitue une fraude ou une atteinte à l'ordre public diffèrent. Notons tout de même que la fraude est un principe reconnu en droit international en ce qu'il a été défini à l'article 46 de la Convention des Nations Unies⁽³²³⁾ : « (i) *est clair et patent qu'un document qui n'est pas authentique ou qui a été falsifié, aucun paiement n'est dû sur la base des motifs inclus dans la demande ou la demande n'a pas de justification convenable.* ».

Mais comment les exceptions à l'autonomie de la Lettre de Crédit sont-elles appliquées ?

Deux tendances s'opposent. Le courant majoritaire est d'appliquer le principe de l'inopposabilité des exceptions des autres rapports de droit strictement. Ainsi, pour les défenseurs de ce courant, la Lettre de Crédit ne peut conserver son efficacité à titre d'instrument de paiement international, fiable et sécuritaire que si les parties à une Lettre de Crédit ont une quasi certitude que l'institution financière négociatrice procèdera à son paiement⁽³²⁴⁾ :

« (s) *i* l'on comprend bien la philosophie et les principes fondamentaux qui sous-tendent ces instruments de commerce. Il faut admettre que ces instruments se rapportent non seulement à des opérations complètement distinctes des opérations commerciales qui les ont initiées, mais aussi que, pour véritablement remplir la fonction souvent internationale qu'est la leur, ils doivent être inviolables "sacred" et doivent être compris dans leur sens strict. »⁽³²⁵⁾.

⁽³²²⁾ Traduction en latin de « la fraude corrompt toute chose ». Albert MAYRAND, Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 190.

⁽³²³⁾ Doc. off. AG, 5^e session, 87^e séance, A/RES/50/48 (1995).

⁽³²⁴⁾ Nous sommes portés à croire que les fervents défenseurs de ce courant pourraient s'opposer à ce que la fraude, bien que ce soit un concept d'ordre public internationalement reconnu, soit invoquée à titre d'exception au paiement d'une Lettre de Crédit. En fait, tout est une question de preuve et de comment un tribunal interprétera et appliquera cette exception en vertu de ses lois nationales.

⁽³²⁵⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal* J.E. 93-1314 (C.S.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nous ne pouvons passer outre un courant minoritaire allant à l'encontre du principe de l'inopposabilité des exceptions des autres rapports de droit. Dans la décision *Nix c. Aulis Holdings*⁽³²⁶⁾, la Cour supérieure du Québec mentionna que la Lettre de Crédit est une sûreté accessoire et que son exécution est subordonnée aux termes du Contrat Commercial. La Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *Standard Trust Co. c. Bank of Nova Scotia*⁽³²⁷⁾ va dans le même sens en assimilant la Lettre de Crédit à la Garantie Indépendante et en stipulant que ces instruments doivent être interprétés en prenant en considération qu'ils sont des instruments accessoires au Contrat Commercial :

« (h)aving noted that the notion of autonomy or independence of a letter of credit or guarantee has long been accepted as the very basis of the letter of credit system, permitting both assurance and immediacy of payment, the trial judge continued: This does not mean, however, that a court must regard the letter of credit or guarantee as divorced in all aspects from the underlying transaction. Conditions of a letter of credit or guarantee may be interpreted in the context of the accessory documents, including the underlying contract. »⁽³²⁸⁾.

Pouvons-nous expliquer ce courant minoritaire par une incompréhension des tribunaux sur les aspects théoriques des crédits documentaires et plus particulièrement sur les principes fondamentaux les gouvernant⁽³²⁹⁾ ? Nous l'espérons et nous souhaitons que ce courant demeure minoritaire, car un tel courant risque de dénaturer la Lettre de Crédit de ses principes fondamentaux et mettre en péril l'efficacité de la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement international, fiable et sécuritaire.

L'ordre public, bien que différent dans les divers systèmes de droit, est reconnu internationalement à titre de principe de *lex mercatoria*. L'atteinte à l'ordre public

⁽³²⁶⁾ [1994] R.D.I. 388 (C.S).

⁽³²⁷⁾ [2001] 201, Nfld. & P.E.I.R. 8.

⁽³²⁸⁾ *Standard Trust Co. c. Bank of Nova Scotia*, 2001 NFCA27 (CanLII).

⁽³²⁹⁾ L'incompréhension des tribunaux sur les aspects théoriques de la Lettre de Crédit sera étudiée sous la section 2.3.2.1.3.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

semble un principe tellement important en droit qu'il a été soulevé d'office par la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Eurosun c. Lignes aériennes Globe Azur inc. (Air Club international)*⁽³³⁰⁾ pour accorder la requête en injonction interlocutoire en refus de paiement d'une Lettre de Crédit. Les bénéficiaires dans cette affaire avaient mis en place un système de contrats parallèles pour contourner les obligations légales aux termes du *Règlement sur les transports aériens*⁽³³¹⁾ contrevenant ainsi à l'ordre public.

Toutefois, force est de constater que l'ordre public est une notion qui diffère d'un pays à un autre, voir d'une civilisation à l'autre. Or les contrats internationaux renforcés par des Lettres de Crédit sont plus souvent conclus entre des pays de traditions très différentes. Ainsi, nous devons nous demander s'il existe un ordre public international ? Nous ne le croyons pas et dès lors, il s'entraîne une imprévisibilité dans l'application du principe de double autonomie de la Lettre de Crédit qui est l'ennemi des bonnes relations internationales commerciales et surtout du formalisme de la Lettre de Crédit.

Mais qu'est-ce que la fraude ? La fraude a été définie dans l'arrêt *Cineplex Odeon Corp. c. 100 Bloor West General Partner Inc.* comme étant un comportement malhonnête ou malicieux dans l'intention de tromper :

« (on) ne peut parler de fraude dans le cas d'un différend légitime ou d'un désaccord sur l'interprétation d'un contrat. Quoique la fraude ne se prête pas facilement à une définition, il s'agit d'une notion bien connue en droit, et elle doit, à mon avis, comporter une mesure de mauvaise conduite, de malhonnêteté ou d'intention de tromper. »⁽³³²⁾.

Nous retrouvons également une définition similaire de la fraude dans l'affaire *Washburn c. Wright* : « (s)upposons que le défendeur ait eu tort sur un point ou un autre, il n'existe aucune preuve de fraude. La fraude n'est pas une erreur, une mauvaise interprétation du contrat; la fraude est « quelque chose de malhonnête et

⁽³³⁰⁾ J.E. 96-2205 (C.S.).

⁽³³¹⁾ D.O.R.S./88-58.

⁽³³²⁾ [1993] O.J. No. 112 (Gen. Div.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

de *moralemment répréhensible* (...). »⁽³³³⁾. Il se dégage de ces définitions que la fraude est un acte dans le but d'induire une autre partie en erreur. Toutefois, est-ce que cet acte frauduleux doit absolument avoir pour objectif de parvenir au paiement de la Lettre de Crédit alors que le bénéficiaire⁽³³⁴⁾ n'y en a pas droit aux termes du Contrat Commercial ? Nous le croyons, car tel que nous l'avons précédemment mentionné, un donneur d'ordre qui a reçu la marchandise doit en contrepartie respecter ses obligations aux termes du Contrat Commercial, c'est-à-dire qu'il doit payer la marchandise obtenue. Que le bénéficiaire soit payé aux termes du Contrat Commercial ou aux termes de la Lettre de Crédit devient dès lors, une question purement théorique.

La fraude peut être soit intellectuelle ou matérielle ; la première c'est lorsque les documents sont authentiques mais comportent de fausses énonciations tandis que l'autre, la fraude matérielle, c'est lorsque les documents sont en soi frauduleux⁽³³⁵⁾. Il est vrai que distinguer ces deux types de fraude peut être une tâche ardue, mais reste que l'institution financière négociatrice ne doit procéder au paiement de la Lettre de Crédit que s'il y a Présentation Conforme dans les délais requis. Exiger de l'institution financière de s'immiscer dans les relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire contrevient à son indépendance et c'est lui donner le rôle d'un juge alors qu'elle n'a pas les compétences et l'expérience pour agir de la sorte. D'ailleurs, la Cour Suprême du Canada⁽³³⁶⁾ reconnaît en quelque sorte ceci lorsqu'elle établit que la fraude doit être clairement établie par le donneur d'ordre si ce dernier veut empêcher l'institution financière négociatrice de procéder au paiement de la Lettre de Crédit, alors que si le donneur d'ordre veut procéder par injonction pour

⁽³³³⁾ (1913), 31 O.R.L.138 (app. Div.) p. 147.

⁽³³⁴⁾ Considérant que la Cour Suprême du Canada, dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica-Whitewear*, [1987] 1 R.C.S. 59, nous enseigne que la fraude à titre d'exception au principe de double autonomie de la Lettre de Crédit doit provenir du bénéficiaire. Ainsi, un donneur d'ordre pourrait en théorie frauduleusement arrêter le paiement d'une Lettre de Crédit. N'est-ce point absurde ?

⁽³³⁵⁾ Marc LACOURSIÈRE et Steven P. JEFFERY, *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada-Section civile, Rapport d'avant mise en œuvre, Toronto et Québec, mars 2006, p. 26.

⁽³³⁶⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 59.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

empêcher l'institution financière de procéder au paiement, le fardeau exigé est qu'il démontre au tribunal une preuve *prima facie* de la fraude.

Certes, l'institution financière négociatrice doit agir avec un discernement objectif pour créer un équilibre entre l'autonomie et ses exceptions : la fraude et l'ordre public. Comme il a été reconnu par la Cour Suprême du Canada,

« (...) la portée potentielle de l'exception de fraude ne doit pas constituer un moyen pour créer une incertitude et un manque de confiance grave dans le fonctionnement d'opérations par lettres de crédit et, en même temps l'application du principe de l'autonomie ne doit pas servir à encourager ou à faciliter la fraude dans ces opérations. »⁽³³⁷⁾.

Il semblerait que la fraude, à titre d'exception au principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit, a été reconnue pour la première fois par les tribunaux américains. L'arrêt clé en la matière est *Sztejn c. Henry Schroder Banking Corp.*⁽³³⁸⁾. Dans cette affaire, les documents étaient conformes aux conditions de la Lettre de Crédit, mais ils ne représentaient pas la marchandise expédiée. La Cour conclut que l'institution financière négociatrice doit procéder au paiement de la Lettre de Crédit, car le paiement doit se faire sur présentation des documents et non de la marchandise. D'ailleurs, soulignons que ce principe est reconnu dans les RUU600. La Cour réitère que l'examen par l'institution financière négociatrice doit se faire objectivement pour que la Lettre de Crédit puisse conserver son rôle d'instrument de paiement international, fiable et sécuritaire :

« (c)e serait une ingérence malheureuse dans les opérations commerciales si une banque, avant d'honorer des traites tirées sur elle, était obligée de vérifier au delà de l'apparence les documents à la demande de l'acheteur ou même était autorisée à le faire et de s'immiscer dans les controverses entre

⁽³³⁷⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 59.

⁽³³⁸⁾ 31 N.Y. S. 2d 631 (S.C.1941).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

l'acheteur et le vendeur concernant la qualité de la marchandise expédiée. »⁽³³⁹⁾.

Exiger de l'institution financière qu'elle examine la marchandise ne peut que retarder le paiement de la Lettre de Crédit et va donc à l'encontre du but recherché par les cocontractants lors de l'ouverture d'une Lettre de Crédit, à savoir sa fiabilité et sa rapidité. Suite à l'affaire *Sztejn c. Henry Schroder Banking Corp*⁽³⁴⁰⁾, les États-Unis ont quelque peu assoupli les critères donnant ouverture à un arrêt de paiement d'une Lettre de Crédit pour motif de fraude. D'ailleurs, ils ont créé un article complet dans le UCC réglementant les balises quant à l'exception de fraude, lequel article se lit comme suit :

« § 5-109. Fraud and Forgery⁽³⁴¹⁾.

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

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

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

⁽³³⁹⁾ *Sztejn c. Henry Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y. S. 2d 631 (S.C. 1941).

⁽³⁴⁰⁾ 31 N.Y.S. 2d 631 (S.C.) 1941.

⁽³⁴¹⁾ Cet article a été appliqué par pratiquement tous les états américains, certains avec modifications.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

(b) If an applicant claims that a required document is forged or materially fraudulent or that honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant, a court of competent jurisdiction may temporarily or permanently enjoin the issuer from honoring a presentation or grant similar relief against the issuer or other persons only if the court finds that :

(1) the relief is not prohibited under the law applicable to an accepted draft or deferred obligation incurred by the issuer;

(2) a beneficiary, issuer, or nominated person who may be adversely affected is adequately protected against loss that it may suffer because the relief is granted;

(3) all of the conditions to entitle a person to the relief under the law of this State have been met; and

(4) on the basis of the information submitted to the court, the applicant is more likely than not to succeed under its claim of forgery or material fraud and the person demanding honor does not qualify for protection under subsection (a)(1). ».

Certes, cet article démontre un assouplissement dans l'évaluation de la fraude pour les institutions financières américaines ; la fraude peut soit provenir des documents présentés ou du Contrat Commercial.

Du côté de la Grande-Bretagne, l'arrêt cité par la majorité des auteurs anglais pour expliquer la fraude à titre d'exception au principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit est *United City Merchants (Investments) Ltd and others c. Royal Bank of Canada and others*⁽³⁴²⁾. Dans cet arrêt, Lord Diplock restreint la fraude aux documents présentés par le bénéficiaire de la Lettre de Crédit uniquement, mettant ainsi de côté la fraude d'une tierce partie à la Lettre de Crédit : « (...) *where the seller, for purpose of drawing on the credit, fraudulently presents to the confirming bank documents that contain, expressly or by implication, material representations of*

⁽³⁴²⁾ [1982] 2 All ER 720.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

fact that to his knowledge are untrue. »⁽³⁴³⁾. De plus, la fraude dans les documents présentés par le bénéficiaire doit être clairement établie⁽³⁴⁴⁾ pour que l'institution financière négociatrice soit justifiée de s'objecter au paiement de la Lettre de Crédit. La conception anglaise de la fraude est que cette dernière ne doit pas contrevenir aisément au principe de double autonomie de la Lettre de Crédit et ce, dans l'optique de conserver l'équilibre commercial au sein du commerce international.

Les tribunaux canadiens, quant à eux, semblent s'écarter de cette interprétation restrictive de la fraude à titre d'exception à l'autonomie de la Lettre de Crédit dans l'arrêt *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*⁽³⁴⁵⁾. Ainsi, la fraude peut soit provenir des documents présentés ou des opérations sous-jacentes de nature à rendre frauduleuse la demande de paiement de la Lettre de Crédit. La fraude doit toutefois provenir du bénéficiaire de la Lettre de Crédit et non d'une tierce partie. La Cour nous rappelle tout de même que la fraude ne doit pas contrevenir à la finalité de la Lettre de Crédit et que pour conserver un équilibre entre les droits de toutes les parties à une Lettre de Crédit, la fraude se doit de s'appliquer restrictivement. En fait, la fraude ne doit pas

« (...) constituer un moyen pour créer une incertitude et un manque de confiance graves dans le fonctionnement d'opérations des lettres de crédit et, en même temps, l'application du principe de l'autonomie ne doit pas servir à encourager ou à faciliter la fraude dans ces opérations. »⁽³⁴⁶⁾.

2.2.2.4 Conclusion.

Le formalisme de la Lettre de Crédit fait partie de son essence. Pour s'assurer de préserver la triple finalité de la Lettre de Crédit, nous nous devons d'appliquer et d'interpréter les principes d'incessibilité, de stricte conformité et de double autonomie avec un formalisme absolu. Mais pour appliquer et interpréter les principes de la

⁽³⁴³⁾ An OELFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 393.

⁽³⁴⁴⁾ Ce critère a été reconnu dans l'arrêt *Edward Owen Engineering Ltd c. Barclays Bank International*, [1978] 1 All E.R. 976.

⁽³⁴⁵⁾ [1987] 1 R.C.S. 59.

⁽³⁴⁶⁾ *Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 59.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Lettre de Crédit avec un tel formalisme, encore faut-il qu'ils soient compris et que cette application et interprétation soient uniformes internationalement. Or, les pratiques commerciales étant différentes de pays en pays, il est pratiquement impossible d'appliquer avec un formalisme absolu les principes fondamentaux de la Lettre de Crédit. En fait, nous pouvons nous demander si c'est le formalisme de la Lettre de Crédit qui a mis en doute son efficacité ? Dès 1959, nous pouvons déjà lire sous la plume du professeur Bontoux que « (...) *le formalisme excessif de la lettre de crédit risquait de miner l'institution du crédit documentaire en tant que moyen de paiement dans les transactions commerciales internationales (...)* »⁽³⁴⁷⁾. Dès lors, pour subsister à titre d'instrument international, l'application des principes fondamentaux de la Lettre de Crédit fut assouplie par la création d'exceptions à ces principes et d'ailleurs la malléabilité des RUU ne fait qu'encourager cette pratique.

Le but de la présente section n'était pas de distinguer la conception des américains, des anglais et des canadiens quant aux exceptions aux principes de stricte conformité et de double autonomie de la Lettre de Crédit, mais de démontrer qu'il n'y a pas de conception uniforme quant à ces exceptions au sein du commerce international. Il n'est pas surprenant qu'il en soit ainsi, puisque la Lettre de Crédit étant appliquée et interprétée nationalement, il va de soi que ces exceptions créées par la doctrine et la jurisprudence ne peuvent que s'appliquer et s'interpréter nationalement. Peut-être aurait-il été préférable que les RUU codifient les balises quant à ces exceptions ? Quoique, si effectivement ces exceptions étaient codifiées dans les RUU comme l'est l'exception au principe de l'incessibilité de la Lettre de Crédit, leur application et leur interprétation continueraient de se faire nationalement. Force est de constater que l'application et l'interprétation des principes fondamentaux dans les divers systèmes juridiques ne peuvent créer que mettre en doute l'efficacité de la Lettre de Crédit à titre d'instrument international de paiement fiable et sécuritaire.

⁽³⁴⁷⁾ Charles BONTOUX, « *Limite du formalisme en matière documentaire* », Paris, *Revue de la Banque*, 1959, p. 23.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Dans la prochaine section, nous analyserons les conséquences au niveau pratique, des lacunes et des incertitudes théoriques liées à l'application et l'interprétation des RUU et à l'utilisation de la Lettre de Crédit, à titre d'instrument international pour enfin nous prononcer à savoir si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit désuète ou incomprise.

2.3 Les aspects pratiques de la Lettre de Crédit.

2.3.1 L'hégémonie des RUU : une utopie ou une réalité ?

« Whilst over the years the UCP have been referred to by practitioners as rules, the UCP itself has not previously used this term. »⁽³⁴⁸⁾.

Les RUU sont, depuis 1983, d'application discrétionnaire en ce qu'il faut une référence expresse dans la Lettre de Crédit à l'effet que ce sont ces règles qui s'y appliquent. La liberté étant au cœur des relations contractuelles, si les parties ont pris soin d'indiquer en vertu de quelles règles leur Lettre de Crédit doit être régie et interprétée, à savoir les RUU ou leurs règles nationales, un tribunal devrait théoriquement respecter ce choix. En théorie, car en pratique nous ne sommes pas à l'abri d'une décision contraire d'un tribunal ou de l'obligation d'un tribunal d'utiliser d'autres règles pour combler les incertitudes et lacunes liées aux règles applicables. Mais sur quelles bases un tribunal pourrait-il contrevenir à l'intention des parties ?

2.3.1.1 La validité et la force exécutoire des RUU.

La véritable question qu'il faut se poser est quelle est la validité et la force exécutoire des RUU ? Deux courants s'opposent sur le sujet. D'une part, nous avons les auteurs qui non seulement reconnaissent la portée internationale des RUU, mais sont également d'avis que ces règles s'appliquent *ipso facto* en ce qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une référence dans la Lettre de Crédit à l'effet que ces règles s'appliquent⁽³⁴⁹⁾. Selon nous, nous ne pouvons arriver à une telle conclusion que si nous assimilons les RUU à une sorte de *lex mercatoria* appartenant à un ordre

⁽³⁴⁸⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 11.

⁽³⁴⁹⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p.185-187 ; certains auteurs reconnaissent que ce courant existe, mais ils s'en dissocient. À ce sujet, voir Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., London, Euromoney Publications PLC, 1997, p. 60 ; Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 23 ; Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 15 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 18.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

juridique autonome. D'autre part, nous avons les auteurs⁽³⁵⁰⁾ qui, tout en reconnaissant la portée internationale des RUU, sont d'avis que ces règles ne sont pas d'application automatique :

« (i)n my opinion the Uniform Customs occupy a stronger position and can be seen as a codification of internationally accepted commercial practices. This does not mean, however, that I see the UCP as a sort of *Lex mercatoria* or that I would consider the provisions of the Uniform Customs to be implicitly applicable if the credit contained no explicit reference to the text of the Uniform Customs. »⁽³⁵¹⁾.

Ces auteurs soutiennent que les RUU n'ont tout simplement pas force de loi⁽³⁵²⁾, car ces règles ont été créées par la CCI, un organisme du domaine privé : « (t)he UK does not allow private commercial bodies to legislate, and consequently the UCP applies only where it is incorporated into the relevant contracts. »⁽³⁵³⁾.

2.3.1.2 Les RUU peuvent-elles être considérées comme une sorte de règles de *lex mercatoria* ?

Certes, les RUU ne peuvent être considérées comme une loi étatique en ce qu'elles sont le fruit des usages et pratiques liés aux crédits documentaires codifiés en règles par la CCI. Mais peuvent-elles être considérées comme une sorte de règles de *lex mercatoria* ? Avant de nous prononcer sur cette question controversée, voyons

⁽³⁵⁰⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p.15 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 18.

⁽³⁵¹⁾ Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 16.

⁽³⁵²⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p.22 ; Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p.12 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 16.

⁽³⁵³⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 22. Est-ce justement pour remédier à cette lacune qu'André Bégin propose dans sa thèse de doctorat que le législateur québécois devrait adopter une loi particulière reconnaissant l'usage commercial en matière de crédit documentaire ? A ce sujet, voir André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 121.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

comment un usage peut intégrer le statut de règles de *lex mercatoria* et si la *lex mercatoria* constitue un ordre juridique autonome.

2.3.1.2.1 Comment un usage devient-il une règle de *lex mercatoria* ?

Il ne semble pas exister de critères précis permettant à un usage ou une pratique d'intégrer le statut de règles de *lex mercatoria*. Selon l'auteur Philippe Kahn, il faut retrouver, dans tous les systèmes qui prétendent aboutir à cette idée de *lex mercatoria*, les éléments suivants : l'organisation, l'élaboration de documents contractuels ou réglementaires et l'existence d'un pouvoir disciplinaire ou coercitif⁽³⁵⁴⁾ sur les personnes et les institutions gravitant autour de l'organisation⁽³⁵⁵⁾.

L'auteur Jacques Béguin quant à lui précise que les pratiques contractuelles qui, indépendamment de l'objet ou de la nature du contrat considéré, tendent à se répandre dans les négociations commerciales internationales font également partie de la *lex mercatoria* :

« (l)'idée étant toujours qu'à partir du moment où une telle pratique, propre aux contrats internationaux, devient assez générale pour que les clauses considérées en viennent à être presque imposées par le milieu aux contractants, on est en présence d'une norme du type *lex mercatoria*. »⁽³⁵⁶⁾.

Mais les RUU font-elles partie de la *lex mercatoria* ? Si nous nous fions aux différents auteurs qui ont traité de la *lex mercatoria*, les RUU en seraient l'exemple

⁽³⁵⁴⁾ L'auteur Goldman s'est interrogé sur la nécessité de sanction (ou consécration) des règles de *lex mercatoria*. Il en conclut qu'il ne semble pas que pour acquérir la dignité de règles de droit, les composantes de la *lex mercatoria* doivent avoir été consacrées par des jurisprudences nationales. Berthold GOLDMAN, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 254.

⁽³⁵⁵⁾ Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413,426. Voir également Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 443.

⁽³⁵⁶⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 486.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

par excellence⁽³⁵⁷⁾. Pour Jacques Béguin, rien n'empêche les codifications professionnelles par des organismes du domaine privé d'atteindre le statut de règles de *lex mercatoria*. Au contraire, ces codifications professionnelles qui ne sont pas de nature étatique, donc statique, peuvent répondre davantage aux besoins du commerce international. Il donne à titre d'exemple, les RUU :

« (l)e deuxième élément est constitué par les documents que l'on peut désigner sous l'appellation de « codifications professionnelles » élaborées par les grands organismes corporatifs internationaux. L'exemple-type en est fourni par les textes des *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* publiées par la CCI. Ces règles et usances se présentent effectivement sous la forme d'un véritable code.

[...]

Cette capacité d'évolution des codifications professionnelles par des révisions effectuées, éventuellement, « [...] en dépit des usages, pratiques ou coutumes existants » fournit l'une des réponses majeures à la question de savoir pourquoi sont entreprises de telles codifications et quelles sont les raisons de leur acceptation universelle. Elle illustre les mérites de la *lex mercatoria* et les facteurs explicatifs de son développement. »⁽³⁵⁸⁾.

Il ressort de ce passage que rien ne semble empêcher un organisme privé d'émettre des règles qui seraient constitutives de *lex mercatoria*. Toutefois, ces règles doivent atteindre une application généralisée et un consensus au sein du commerce international pour être qualifiées de *lex mercatoria*. Est-ce que nous pouvons parler d'une telle application généralisée et d'un tel consensus pour les RUU ?

L'auteur Philippe Kahn réitère que le facteur essentiel permettant d'aboutir à la construction d'une règle de *lex mercatoria* est l'existence d'un consensus. Selon ce dernier, les RUU ont certainement atteint ce consensus :

⁽³⁵⁷⁾ Berthold GOLDMAN, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria, Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 242.

⁽³⁵⁸⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 484.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (i) ne suffit donc pas qu'un contrat émane d'un praticien pour conduire à un élément de *lex mercatoria*. Ce n'est qu'un comportement individuel. Il faut encore que cette pratique s'insère dans un milieu suffisamment organisé pour la recevoir et la généraliser. Et c'est bien dans les secteurs les plus élaborées et les mieux reçus dans le milieu : le secteur bancaire avec les euro-marchés mais aussi, appuyé sur la CCI, le crédit documentaire (règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires), le commerce traditionnel (Incoterms) construction et travaux publics (contrats FIDIC). On est en présence d'une véritable structure, structure partiellement révélée et organisée par l'intervention des tribunaux arbitraux. »⁽³⁵⁹⁾.

Quant à Jacques Béguin, il soutient que les RUU sont des règles qui se suffisent à elles-mêmes et donc constitutives de *lex mercatoria* :

« (l)es éléments de l'analyse sont constitués par toutes les situations de droit dans lesquelles on observe que les opérateurs du commerce international ou les arbitres internationaux se réfèrent à des « guides juridiques » qui ne sont pas des règles de droit international étatique mais ressemblent, en effet, à cet autre ordre juridique que constitue la *lex mercatoria*.

Les promoteurs de la doctrine de la *lex mercatoria* tirent de cette observation une analyse sans ambages : lorsqu'il en est ainsi, estiment-ils, les contractants ou les arbitres appliquent en tant que règles de droit les normes de cet autre ordre juridique que constitue la *lex mercatoria*.

[...]

Quand le banquier expose à son client que, bien entendu, le crédit documentaire qu'il accepte de lui consentir sera soumis aux Règles et usances publiées par la CCI, les deux cocontractants n'ont-ils pas le

⁽³⁵⁹⁾ Philippe KAHN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 427.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

sentiment de placer leur convention sous l'empire d'un ordre juridique professionnel qui se suffit parfaitement à lui-même ? »⁽³⁶⁰⁾.

À la question de savoir si les RUU font partie des règles de *lex mercatoria*, nous répondrons que ces règles ne peuvent pas être qualifiées de règles de *lex mercatoria* considérant qu'elles n'ont pas un degré d'application généralisée et de consensus au niveau international. Certains auteurs avancent l'idée que les RUU pourront peut-être un jour atteindre ce degré d'uniformité et être qualifiées de *lex mercatoria* :

« ICC is right in recommending that the UCP shall only apply if the parties agree on their application. After all, the UCP are rules that are not drafted by a public authority and thus they remain a privately created system of rules that, at some time in the future, might attain the quality of a *lex mercatoria*. »⁽³⁶¹⁾.

Avec respect pour ces auteurs, nous croyons au contraire que les RUU ont déjà été des règles de *lex mercatoria*, mais qu'elles ne le sont plus maintenant. Notre raisonnement s'appuie sur le fait que les RUU qui étaient jadis d'application automatique sont, depuis les RUU400, d'application discrétionnaire : « (w)hatever the wording in earlier revisions, this new wording (UCP600) is surely sufficiently explicit to exclude any argument based on custom. »⁽³⁶²⁾.

Mais pourquoi les RUU qui se voyaient sous les versions antérieures d'application automatique sont désormais d'application discrétionnaire ? Tout comme certains auteurs, nous croyons qu'il s'agit d'une reconnaissance implicite par la CCI à l'effet que les RUU ne sont plus un code de pratiques, mais des règles purement contractuelles :

⁽³⁶⁰⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 493.

⁽³⁶¹⁾ Rolf A. SCHÜTZE et Gabriel FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication No. 633, Paris 2001, p. 13.

⁽³⁶²⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 23.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (b) by limiting the scope of its coverage to credits that expressly incorporate its provisions, UCP500⁽³⁶³⁾ implicitly acknowledges that the UCP is not a codification of trade practices. Rather, UCP provisions are in the nature of banking rules, some of them legislative and some of them reflective of actual practices and usages. Nevertheless, none of the provisions apply unless the parties incorporate them into the credit.⁽³⁶⁴⁾

[...]

This summary assumes that the ICC now accepts the UCP as a contract term and not as evidence of industry practices and customs, as the name suggests. If this assumption is correct, parties may exclude with ease those provisions that they find offensive or may simply not incorporate the UCP at all. »⁽³⁶⁵⁾

D'ailleurs, les propos de Jacques Béguin ci-dessous exposés confirment indirectement que l'application discrétionnaire des RUU démontre que ces règles n'ont su conserver le consensus qu'elles avaient obtenu. Ce passage doit être lu en se rappelant que les RUU étaient jadis d'application automatique et que ses commentaires ont été donnés durant cette période :

« (l)a distinction a été mise en lumière par M. Jean Stoufflet qui propose d'en tirer une ligne de partage dans cette discussion⁽³⁶⁶⁾. Rapprochant les Règles et usances en matière de crédit documentaire et les règles uniformes relatives aux encaissements, il relève dans ces deux documents une stipulation identique sur un point capital : « Les dispositions [...] qui suivent

⁽³⁶³⁾ Nous sommes d'avis que l'application discrétionnaire des RUU est apparue sous les RUU400 et non les RUU500. Notre raisonnement a été précédemment exposé à la section 2.2.1.4.6.

⁽³⁶⁴⁾ John F. DOLAN and Philip Van HUIZEN, « International Rules for Letters of Credit The UCP : A Final Report », (1994) 9 *B.F.L.R.* 175.

⁽³⁶⁵⁾ John F. DOLAN and Philip Van HUIZEN, « International Rules for Letters of Credit The UCP : A Final Report », (1994) 9 *B.F.L.R.* 195.

⁽³⁶⁶⁾ Jean STOUFFLET, *L'œuvre normative de la CCI dans le domaine bancaire*, dans *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 361, tel que cité dans Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 497.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

s'appliquent à tout encaissements [...] et lient toutes les parties y intéressées, à moins qu'il n'en soit convenu autrement⁽³⁶⁷⁾ ». C'est un libellé de loi! Il n'est aucunement nécessaire que les parties aient adopté les dispositions du document. Il peut s'appliquer de lui-même. Les règles uniformes de la même CCI pour les garanties contractuelles sont rédigées de façon différente. Ces règles s'appliquent à toute garantie [...] engagement [...] qui indique qu'il est soumis aux règles uniformes⁽³⁶⁸⁾ ». Il faut donc, ici, une adoption expresse. Cette différence est significative. Stratégiquement, elle s'explique par le fait que les deux premiers documents ont recueilli un consensus, ce qui n'est pas le cas du troisième. Mais juridiquement, la formulation « quasi légale » des deux premières règles et usances ou règles uniformes présente un grand intérêt, sachant que la CCI est et demeure une institution privée. M. Stofflet l'interprète clairement comme signifiant que « le commerce international est doté de son propre système de normes dont relèvent les règles et usances » ou ces règles uniformes. »⁽³⁶⁹⁾.

Ainsi, les commentaires de Jean Soufflet repris par Jacques Béguin relatifs aux *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*⁽³⁷⁰⁾ (maintenant les RUGD) de la CCI peuvent s'appliquer aux RUU et ce, depuis les RUU400 à savoir, qu'il ne peut y avoir consensus lorsque des règles sont d'application discrétionnaire.

Nous devons tout de même admettre que bien que les RUU soient désormais d'application contractuelle, ceci n'empêche pas qu'elles sont des règles reconnues internationalement. Reste tout de même que nous ne pouvons leur conférer le degré d'uniformité tant recherché par les acteurs du commerce international lors de leur création. Est-ce que leur application discrétionnaire est la réponse au vide juridique créé par les lacunes et les incertitudes des RUU ainsi qu'à leur

⁽³⁶⁷⁾ *Règles uniformes relatives aux encaissements*, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N°322, 1978, p. 7.

⁽³⁶⁸⁾ *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 321, 1978, p. 19, art. 1.

⁽³⁶⁹⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la lex mercatoria menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 497.

⁽³⁷⁰⁾ *Règles uniformes pour les garanties contractuelles*, Chambre de commerce internationale, Paris, Publication N° 325, 1978.

incompréhension quasi-générale ou à un retour au système interventionniste des états ? Quoi qu'il en soit, les RUU sont désormais d'application discrétionnaire et dès lors, croire en leur application uniforme au niveau international est, d'après nous, tout simplement utopique.

2.3.1.2.2 Est-ce que la *lex mercatoria* est un ordre juridique autonome ?

En fait, si nous ne pouvons conférer à la *lex mercatoria* le statut d'ordre juridique autonome, la question de savoir si les RUU ont atteint et ont conservé le statut de *lex mercatoria* devient un débat purement théorique que nous laissons soin aux théoriciens spécialisés sur le sujet de clore. Ainsi, pouvons-nous conférer à la *lex mercatoria* le statut d'ordre juridique autonome ? Cette question divise profondément la doctrine, de sorte qu'il est à peu près impossible d'en tirer une réponse unique. Il convient donc d'expliquer les différentes positions qui prévalent sur le sujet pour ensuite se faire un avis sur la question.

Les auteurs Goldman et Kahn sont de ceux qui défendent l'existence d'un ordre juridique autonome composé des principes de la *lex mercatoria*. Ils fondent le caractère de règle de droit de la *lex mercatoria* sur la répétition et l'effectivité qui transformeraient ces normes en règles obligatoires. Berthold Goldman explique que :

« (q)uand des clauses contractuelles, et à plus forte raison des contrats et des ensembles de contrats, apparaissent qui aménagent de manière constante et originale les rapports juridiques entre les partenaires et des opérations internationales, il en résulte [...] par la combinaison de la répétition et de l'effectivité [...] un système juridique lui-même nouveau et transnational, apte à procéder à l'objectivité. »⁽³⁷¹⁾.

⁽³⁷¹⁾ Berthold GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1979) 106 *Journal du droit International* 475, 490.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Cette position est confirmée par certains tribunaux. Citons les décisions les plus connues : les affaires *Norsolor*⁽³⁷²⁾ et *Valenciana*⁽³⁷³⁾.

À l'opposé, l'auteur Paul Legarde est plutôt d'avis que la *lex mercatoria* constitue un simple usage par les parties de leur liberté contractuelle. Il ajoute que la répétition n'implique pas l'existence d'une règle de droit matériel de la *lex mercatoria*⁽³⁷⁴⁾. L'auteur Antoine Kassis partage ce point de vue et souligne que la répétition d'usages même codifiés « (...) *ne suffit pas à leur conférer la dignité de règles de droit (...)* »⁽³⁷⁵⁾; les acteurs du commerce international demeurant libres de les adopter ou pas.

L'analyse de la question doit débiter par l'analyse des traits caractérisant un ordre juridique autonome. Selon Jacques Béguin, ceux-ci sont au nombre de deux : « (u)n ordre juridique, tout d'abord, génère lui-même des normes juridiques et dispose du pouvoir de les faire observer. Un ordre juridique, en second lieu, est un ensemble cohérent, organisé, complet. »⁽³⁷⁶⁾. À la lumière de ces traits distinctifs, l'auteur conclut :

« (i)l est permis de penser que la *lex mercatoria* ne remplit pas ces conditions de façon déterminante et absolue. Les normes qui en proviennent sont des règles de droit, mais leur force intrinsèque est relative. Leur

⁽³⁷²⁾ Civ. 1^{ère}, 22 oct 1991. Exemple donné dans Berthold GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor », (1983) *Rev. Arb.* 379, 399.

⁽³⁷³⁾ Paris 1^{ère} Ch. Sect. C, 13 juil 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/Primary*. Selon l'auteur Raimondo, cet arrêt a élevé les principes de la *lex mercatoria* au rang des règles de droit : Peggy RAIMONDO, « *Le rôle et l'évolution de la lex mercatoria* », (2001), *La lettre du droit du commerce international*, no. 11, 2.

⁽³⁷⁴⁾ Paul LEGARDE, « *Approche critique de la lex mercatoria* », dans P. FOUCHAR, P. KAHN & A. LYON-CAEN, *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125, 129, tel que cité dans Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 495.

⁽³⁷⁵⁾ Antoine KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce* (1984) p. 308, tel que cité dans Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 496.

⁽³⁷⁶⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 492.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

rapprochement forme une juxtaposition de règles, beaucoup plus qu'un ensemble complet et cohérent. »⁽³⁷⁷⁾.

Antoine Leduc partage cet avis. Selon lui, la *lex mercatoria* ne présente pas les attributs fondamentaux lui permettant d'accéder au titre d'« ordre juridique », car elle ne respecte pas les critères d'accessibilité et d'application générale (certitude des règles et leur contenu) ainsi que d'autorité, d'autonomie, de logique d'ensemble et de prévisibilité et de justice⁽³⁷⁸⁾. Nous partageons l'avis de ces auteurs. Les règles de *lex mercatoria* sont certes des règles reconnues internationalement, mais ces règles ne sont pas autonomes, car elles doivent être appliquées, interprétées et complétées par les règles nationales pour qu'elles puissent prendre la forme de règles de droit. Inévitablement, la diversité des systèmes de droit fait en sorte que ces règles ne peuvent s'appliquer et s'interpréter uniformément. Ainsi, nous ne pouvons guère les qualifier d'ordre juridique autonome.

Il est très surprenant que les théoriciens qui, comme Goldman, soutiennent que la *lex mercatoria* relève bien d'un ordre juridique propre, dénotent que cet ordre juridique est incomplet et donc subordonné aux ordres juridiques nationaux dans sa mise en œuvre, sa substance et son efficacité⁽³⁷⁹⁾. Selon nous c'est justement ce caractère complémentaire des règles nationales qui fait que nous ne pouvons conférer à la *lex mercatoria* le statut d'ordre juridique autonome. Voyons comment Goldman explique sa position :

« (l)'ordre juridique de la *lex mercatoria* est-il « autonome » ? »

On répondra affirmativement, si l'on entend par là qu'il est distinct des ordres juridiques nationaux comme de l'ordre juridique international (celui-ci étant

⁽³⁷⁷⁾ Jacques BÉGUIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill* 478, 492.

⁽³⁷⁸⁾ Antoine LEDUC, « L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill* 413, 440.

⁽³⁷⁹⁾ Berthold GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor », (1983) *Rev. Arb.* 379, 408.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

l'ordre juridique des relations entre États, entre organisations internationales et entre les premiers et les secondes); (...)

Mais on soulignera aussi qu'autonome ne veut pas dire totalement indépendant, et que pas plus que les autres ordres juridiques, l'ordre juridique transnational n'est un monde isolé et clos sur lui-même. Il est, tout au contraire, ouvert sur les deux autres, empruntant leurs principes généraux, dans la mesure où ils s'adaptent à la substance des relations qu'il régit et organise, et quitte à les y adapter; et leur fournissant – surtout aux ordres juridiques nationaux – ses propres composantes, y compris ses propres principes généraux, pour les enrichir et les adapter à ses besoins.

Ses lacunes sont plus grandes que celles des ordres juridiques nationaux, et son efficacité, voire son effectivité, moins assurée; d'aucuns y verront d'irréversibles infirmités; d'autres, un signe – ou des maladies – de jeunesse... »⁽³⁸⁰⁾.

Quoi qu'il en soit, la *lex mercatoria* ne peut constituer un ordre juridique autonome que si les divers systèmes de droit la reconnaissent comme tel quant à l'étendue et à la portée de cet ordre juridique :

« (p)ar ailleurs, force est de constater que la *lex mercatoria* est capable de créer des droits ou d'imposer des obligations seulement si, comme nous l'avons vu, les ordres juridiques nationaux veulent bien l'admettre, soit en appliquant la *lex mercatoria* directement, soit en entérinant les sentences arbitrales qui l'appliquent. Ainsi, quand bien même elle en revêtirait une des caractéristiques, à savoir son aptitude à générer ou constater des normes, la *lex mercatoria* fait figure d'un ordre juridique si embryonnaire que le respect du sens des mots s'oppose à ce qu'on lui attribue cette qualification. »⁽³⁸¹⁾.

L'auteur Peggy Raimondo reconnaît les limites de la *lex mercatoria* quant à certains champs de compétences qui se doivent de rester réglementer par le droit national :

⁽³⁸⁰⁾ Berthold GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor », (1983) *Rev. Arb.* 379, 409.

⁽³⁸¹⁾ Jan PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », (1990) *Rev. Arb.* 55,63.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (l)a *lex mercatoria* constitue un ordre juridique soumis au principe de spécialité qui cantonne son champs d'intervention dans des domaines précisément délimités. C'est un ordre juridique qui obéit à certains principes directeurs. Premièrement, la *lex mercatoria* ne régit pas la totalité des rapports juridiques susceptibles d'affecter les membres de la *societas mercatorum*. Elle exclut en particulier les questions liées à la capacité des parties et à la responsabilité délictuelle. Deuxièmement, la *lex mercatoria* doit respecter les prérogatives des États telles que définies par l'ordre juridique international répartiteur de compétences, sous peine de violation de la souveraineté des états. Troisièmement, la *lex mercatoria* doit, dans une optique de réciprocité, contribuer au respect des règles produites par des ordres voisins. Enfin, la *lex mercatoria* doit respecter l'ordre public international. »⁽³⁸²⁾.

Reconnaître une règle de *lex mercatoria* dans un système de droit ne revient-il pas à l'intégrer dans l'ordre juridique national ? Nul ne peut contester qu'une règle de *lex mercatoria* ne puisse être appliquée et interprétée qu'à la lumière des principes du système de droit dans lequel nous voulons l'appliquer et dès lors, cette règle n'en fait-elle pas partie intégrante ? Prenons les exemples de l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi, l'obligation de négocier de bonne foi et la nullité d'un contrat obtenu par corruption ou par d'autres moyens malhonnêtes⁽³⁸³⁾. Ces principes ont été intégrés en droit québécois et pourtant à la base ce sont des principes de *lex mercatoria*.

Enfin, admettre que les RUU sont des règles de *lex mercatoria* et leur conférer le statut d'ordre juridique autonome équivaut, selon nous, à contrevénir à leur essence. Ces règles se veulent une création des usages et pratiques commerciales répondant aux besoins du commerce international. Or, nous constatons qu'avec les lacunes et

⁽³⁸²⁾ Peggy RAIMONDO, « Le rôle et l'évolution de la *lex mercatoria* », (2001) 11 *La lettre du droit du commerce international*.

⁽³⁸³⁾ Berthold GOLDMAN, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria, Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993, p. 243. Pour une liste exhaustive du contenu de la *lex mercatoria*, voir Élise CHARPENTIER, « Les principes d'Unidroit : une codification de la *lex mercatoria* ? », (2005) 26 *C. de D.* 193, annexe II et Jan PAULSSON, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I. », (1990) *Rev. Arb.* 55, 79 – 96.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

incertitudes liées aux RUU ainsi qu'à leur incompréhension, les acteurs n'ont plus comme attente leur uniformité internationale. Peut-être en aurait-il été autrement si les systèmes de droit n'avaient pas eu besoin de réglementer nationalement les règles régissant la Lettre de Crédit pour combler les lacunes et incertitudes des RUU. Mais même à cela, nous croyons qu'il était déraisonnable de croire que la CCI pouvait créer une telle uniformité considérant que l'application et l'interprétation des RUU doivent se faire dans les divers systèmes de droit.

L'auteur Éric Caprioli résume d'une manière réfléchie, les avantages à ce que les RUU soient désormais d'application discrétionnaire :

« (u)ne convention internationale ne servirait en cette matière qu'à créer l'incertitude par des interprétations divergentes d'un droit figé, alors que le statut d'usage légal ou de coutume permet aux RUU de se moduler au gré des changements en fixant les limites du crédit documentaire. En définitive, leur caractère conventionnel permet de fixer la libre loi des parties au contrat, tout en restant dans le cadre de l'autonomie contractuelle acceptée sur le plan universel en matière de commerce international. »⁽³⁸⁴⁾.

Voyons maintenant comment les tribunaux interprètent l'application discrétionnaire des RUU.

2.3.1.3 Le droit applicable par les tribunaux à une Lettre de Crédit.

Nul ne peut contester que les tribunaux aient toujours le dernier mot, car ils sont en quelque sorte investis du pouvoir de « dire » le droit. Il va de soi que dans l'éventualité où il est expressément prévu quelle loi s'applique à la Lettre de Crédit, que ce soit les RUU ou la réglementation nationale, les tribunaux vont normalement respecter ce choix. Toutefois, force est de constater que les tribunaux ne se sentent pas liés par les termes employés par les parties dans la Lettre de Crédit, *a fortiori* lorsqu'il y a ambiguïté. Ils tiendront alors compte de l'intention des parties selon les

⁽³⁸⁴⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 192.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

principes traditionnels de l'interprétation des contrats purement du domaine national⁽³⁸⁵⁾.

Traduisant cette idée, les praticiens et les tribunaux déclarent que la Lettre de Crédit est régie par les termes du document, mais aussi par des éléments complémentaires, tels les usages. Ce principe est d'ailleurs reconnu en droit québécois à l'article 1426 Code civil⁽³⁸⁶⁾ :

« (l)e contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi. ».

Ainsi, si les parties ont prévu que c'est le droit national qui s'applique à leur Lettre de Crédit, les tribunaux pourront également utiliser les RUU à titre de règles complémentaires, car ce sont sans aucun doute des usages reconnus dans le domaine. Les auteurs L'Heureux, Fortin et Lacoursière résument cette pratique en droit québécois en stipulant :

« (l)es RUU deviennent une source contractuelle lorsque le contrat comporte une clause qui les incorpore en entier ou par référence. Autrement, elles sont qualifiées de simples normes que les tribunaux peuvent appliquer en tant qu'usage de commerce et que ceux qui font du commerce international sont présumés avoir voulu suivre. »⁽³⁸⁷⁾.

Si au contraire, les parties ont prévu que ce sont les RUU qui s'appliquent à la Lettre de Crédit, les tribunaux utiliseront la réglementation nationale pour tous les sujets non couverts par les RUU. Il faut garder à l'esprit que les RUU ont été créées par les usages et pratiques commerciales et que ces usages et pratiques ont été codifiés

⁽³⁸⁵⁾ Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., London, Euromoney Publications PLC, 1997, p. 59.

⁽³⁸⁶⁾ Marc LACOURSIÈRE et Steven P. JEFFERY, *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada-Section civile, Rapport d'avant mise en œuvre, Toronto et Québec, mars 2006, p. 19.

⁽³⁸⁷⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 278.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

par la CCI et non par des juristes. Dès lors, il n'est pas surprenant que certaines dispositions des RUU soient ambiguës et que d'autres soient empreintes de lacunes et d'incertitudes⁽³⁸⁸⁾. La réalité étant que pour contrer à cela, les parties n'ont d'autre choix que de s'en remettre à leur réglementation nationale et ce, nonobstant que les RUU soient ou ne soient pas incorporées à leur Lettre de Crédit. L'application des RUU est non seulement discrétionnaire dans son intégralité, mais aussi dans ses dispositions en ce que les parties peuvent convenir d'exclure ou de modifier certaines des dispositions des RUU. Les tribunaux n'auront d'autre choix que de s'en remettre à leur réglementation pour interpréter les dispositions modifiées et pour combler les lacunes des dispositions supprimées.

Mais attention, les tribunaux ne sont pas liés par les termes utilisés par les parties. Ainsi, ils pourraient convenir d'interpréter la Lettre de Crédit autrement et passer outre les termes et conditions de la Lettre de Crédit. À titre d'exemple, bien que la Lettre de Crédit soit considérablement différente du cautionnement⁽³⁸⁹⁾, dans l'arrêt *Banque Mercantile du Canada c. Forex Leroy Inc.*⁽³⁹⁰⁾, la Cour d'appel du Québec a jugé que nonobstant le fait que le titre du document référait à une lettre de garantie « Letter of Guarantee », ce document était un cautionnement régi par le Code civil. La Cour s'explique comme suit :

« (i) faudrait donc examiner l'intention des parties plutôt que le sens littéral des documents. Les lettres de garanties seraient des contrats sui generis constituant la loi entre les parties et elles doivent être interprétées à la lumière des règles de droit civil québécois. (...) De ce qui précède, le Tribunal est d'avis que la défenderesse a raison et que seules les règles d'interprétation du droit civil québécois s'appliquent en l'espèce. »⁽³⁹¹⁾.

⁽³⁸⁸⁾ Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. V-Preface.

⁽³⁸⁹⁾ La distinction entre la Lettre de Crédit et le cautionnement sera étudiée dans la section 2.3.2.2.1.

⁽³⁹⁰⁾ J.E. 2001-263, (C.S.).

⁽³⁹¹⁾ *Société en Commandite, Stationnement de Montréal c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 2001-263, (C.S.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Mais qu'arrive-t-il si la Lettre de Crédit est silencieuse et ne prévoit pas quelle loi s'y applique ? À défaut de prévoir d'avance la loi qui régira la Lettre de Crédit, les tribunaux vont évaluer au moyen de leur réglementation nationale la loi qui a le plus de liens avec la Lettre de Crédit. Cette pratique contrevient certes aux commentaires des rédacteurs des RUU600, lesquels sont à l'effet que :

« (w)hilst the UCP now requires an express indication that a documentary credit is subject to the rules, where this express indication is not made and an indication of other rules is not present, the rules may be applied as descriptions of custom applicable to documentary credits. »⁽³⁹²⁾.

Incontestablement, la pratique qu'ils suggèrent dans leurs commentaires est en quelque sorte celle qui était en vigueur avant les RUU400 et contrevient au texte actuel des RUU600 qui est pourtant très clair à l'effet qu'il faut une mention dans la Lettre de Crédit pour que les RUU s'y appliquent. Quant à nous, nous sommes portés à croire que les tribunaux favoriseront leur réglementation nationale au détriment des RUU. De plus, sans nous pencher davantage sur la question, notons que ce serait contrevenir au principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit face au Contrat Commercial si un tribunal, pour remédier au silence de la Lettre de Crédit quant au droit applicable, prenait en considération la loi gouvernant le Contrat Commercial.

2.3.1.3.1 Les conflits entre l'application des RUU et les droits nationaux.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, plusieurs pays ont une réglementation nationale relative aux crédits documentaires et pour certains, relative aux Lettres de Crédit. Que se passe-t-il si la Lettre de Crédit prévoit expressément que les RUU s'appliquent, mais que ces dernières contreviennent à la réglementation nationale des parties ? Force est de constater que chaque pays

⁽³⁹²⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 11.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

décidera quelle règle aura priorité et ce, en fonction de leur propre réglementation nationale⁽³⁹³⁾.

Prenons l'exemple des États-Unis. Bien qu'ils aient adhéré aux RUU en 1951, le *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* et l'*American Law Institute* ont entrepris en 1952 la création du UCC⁽³⁹⁴⁾ comprenant un article complet sur les lettres de crédit et les Standbys. La création de l'article 5 UCC avait comme objectif de codifier la pratique établie aux États-Unis et de combler les lacunes des RUU en matière de Lettres de Crédit. Dès lors, nous pouvons nous demander qui a priorité entre les RUU et l'article 5 UCC quant à la réglementation d'une Lettre de Crédit⁽³⁹⁵⁾ ? L'article 5 UCC se veut l'énoncé des principes généraux et non un ensemble des règles spécifiques comme les RUU. Alors que les RUU s'appliquent à tous les Crédits, tel que cette expression est définie dans les RUU, l'article 5 UCC s'applique aux « lettres de crédit », tel que défini à l'article 5-102 (a) UCC, lequel article se lit comme suit :

« (l)etter of Credit means definite undertaking that satisfies the requirements of Section 5-104 by an insurer to a beneficiary at the request of or for the account of an applicant or, in the case of a financial institution, to itself or for its own account, to honour a documentary presentation by payment or delivery of an item of value. ».

Ainsi, tandis que l'article 5 UCC est applicable autant à la Lettre de Crédit qu'à la Standby, les RUU s'appliquent à tout Crédit comprenant la Lettre de Crédit et à titre supplétif à la Standby d'où la mention dans les RUU « *y compris dans la mesure où elles seraient applicables aux lettres de crédit standby* ».

⁽³⁹³⁾ Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., London, Euromoney Publications PLC, 1997, p. 61.

⁽³⁹⁴⁾ Uniform Law Commisioners, « History », le 25 juillet 2007 : Uniform Law Commisionners en ligne : <http://www.nccusl.com/Update/>.

⁽³⁹⁵⁾ Un auteur exprime cette problématique ; Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 32.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Les UCC reconnaissent implicitement les RUU, car ces dernières s'appliquent aux sujets qui ne sont pas couverts par les UCC, dans la mesure où les RUU ne contreviennent pas aux UCC⁽³⁹⁶⁾. Ceci est vrai lorsque la Lettre de Crédit fait référence expressément aux RUU. Pour les états américains où les UCC sont applicables, les RUU offrent donc un rôle supplétif aux UCC. Toutefois, certains états tels que New-York⁽³⁹⁷⁾ ont adopté une version révisée de l'article 5 UCC. Aux termes de cette version révisée, ce sont les UCC qui sont supplétifs aux RUU lorsqu'une mention est insérée dans la Lettre de Crédit à l'effet que ce sont les RUU qui s'appliquent. La version révisée de l'article 5 UCC se lit comme suit :

« (u)nless otherwise agreed, this Article 5 does not apply to a letter of credit or a credit if its terms or agreement, course of dealing or usage of trade, such letter of credit or credit is subject in whole or in part to Uniform Customs and Practice for Commercial Documentary Credits fixed by the Thirteenth or by any subsequent Congress of the International Chamber of Commerce. »⁽³⁹⁸⁾.

Cet exemple démontre que même si les parties ont l'intention d'appliquer les RUU, leur réglementation nationale peut outrepasser leur intention.

2.3.1.4 Conclusion.

N'est-ce pas contradictoire à l'essence même de la Lettre de Crédit que de constater que cet instrument de paiement international peut être régi par des réglementations nationales. *À fortiori*, comment est-ce possible qu'un pays, voir un état ou une province d'un même pays, puisse à sa discrétion choisir si sa réglementation nationale a priorité sur des règles internationales, règles auxquelles il a pourtant adhéré ? Force est de constater que le droit étatique demeure souvent inadapté aux besoins résultant de l'évolution du commerce international. C'est certainement la

⁽³⁹⁶⁾ Lazar SARNA, *Letters of credit : The Law and Current Practice*, 3rd ed., Toronto, Thomson & Carswell, 2002, p. 2-33 et 2-34.

⁽³⁹⁷⁾ Michael ROWE, *Letters of Credit*, 2nd Ed., London, Euromoney Publications PLC, 1997, p. 52 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 12 aussi Alabama, Arizona et Missouri.

⁽³⁹⁸⁾ New York, U.C.C., s.5-102(4).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

raison pour laquelle les RUU sont l'œuvre d'un organisme privé. En effet, n'étant point statiques, les RUU peuvent, de par leur malléabilité, s'adapter à l'évolution du commerce international. Quoique ces règles, bien que reconnues internationalement, sont désormais purement contractuelles en ce que leur application est depuis 1983, doublement discrétionnaire. L'application discrétionnaire des RUU est-elle la réponse au vide juridique créé par les lacunes et incertitudes des RUU et leur incompréhension ? N'empêche que nous croyons que les RUU étaient jadis des règles de *Lex mercatoria* et que c'est leur application discrétionnaire, leurs lacunes et leurs incongruités et un certain retour aux pouvoirs interventionnistes des états et des tribunaux qui ont contribué à la perte de leur degré d'application généralisée et de consensus international qu'elles avaient atteint. À cet égard, nous sommes d'avis qu'il est difficile d'établir un système juridique uniforme, pour tous les pays et un instrument de paiement, de financement et de sûreté qu'est la Lettre de Crédit ne peut inspirer confiance que si son bénéficiaire est certain de son interprétation et de son application soit au niveau de son contenu ou du système juridique qui le gouverne. Bien entendu, la variété des droits nationaux légiférant sur la Lettre de Crédit affaiblit cette certitude. À cet égard, nous nous permettons de nous questionner à savoir si la Lettre de Crédit n'est tout simplement pas condamnée⁽³⁹⁹⁾ par l'évolution du commerce international. Incontestablement, dès que l'on met l'accent sur les divergences et les similitudes de la Lettre de Crédit dans les divers systèmes de droit, l'étude des obstacles qui se posent et de la confusion semée aboutit à l'analyse de l'évolution et des efforts d'adaptation de la Lettre de Crédit à la réalité pratique et économique du commerce international⁽⁴⁰⁰⁾. Mais est-ce justement cette réalité pratique et économique qui enfreint l'uniformité internationale de la Lettre de Crédit ou est-ce plutôt l'incompréhension des RUU ? C'est ce que nous allons essayer de découvrir dans la prochaine section.

⁽³⁹⁹⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 215.

⁽⁴⁰⁰⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, t. 308, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA, 1998, p. 11.

2.3.2 L'incompréhension de la Lettre de Crédit : un mythe ou une réalité ?

2.3.2.1 La comparaison entre la Lettre de Crédit et les autres crédits documentaires.

Il est vrai que tous les chemins mènent à Rome, mais ces chemins diffèrent les uns des autres avec leurs propres avantages, inconvénients et complexité, puisque sinon à quoi bon emprunter des chemins différents pour atteindre le même objectif ? Nul ne peut contester que les juristes ont tendance à expliquer un instrument juridique qui leur est inconnu par un instrument juridique qui leur est familier et ce, peu importe le domaine de droit. Pour ce faire, le juriste applique les principes de droit de l'instrument familier à l'instrument inconnu tout en veillant à faire ressortir les distinctions entre les deux instruments. Toutefois, force est de constater que l'incompréhension de l'instrument juridique peut faire en sorte que les distinctions entre les deux instruments juridiques passent inaperçues ayant pour conséquence de dénaturer l'instrument juridique inconnu de ses subtilités.

Tel qu'il a été expliqué, la Lettre de Crédit entre dans la famille des crédits documentaires et bien que ces derniers aient un objectif similaire, la protection des cocontractants dans les relations commerciales, les différents types de crédit documentaire diffèrent les uns des autres. Alors pourquoi les juristes cherchent-ils à comparer la Lettre de Crédit aux autres crédits documentaires ou aux sûretés personnelles indépendantes ou simplement à l'expliquer par d'autres mécanismes juridiques propres à leur droit national ? Pourquoi ne pas simplement essayer de comprendre les particularités propres à la Lettre de Crédit au lieu de vouloir l'interpréter et l'appliquer par comparaison au risque de miner cette institution juridique de ses principes fondamentaux ?

Dans la présente section, nous allons, dans un premier temps, comparer la Lettre de Crédit avec la Standby ainsi qu'avec la Garantie Indépendante et dans un deuxième temps, avec certains mécanismes juridiques applicables en droit civil québécois. Cette comparaison sera effectuée non dans l'optique de se servir de ces autres

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

crédits documentaires et principes juridiques pour l'expliquer, mais pour démontrer qu'il s'agit d'une erreur d'agir ainsi. Nous sommes d'avis que la Lettre de Crédit est et doit se percevoir comme un instrument bancaire distinct :

« (L)etters of credit are not an ordinary form of security. They are unique and specialized form of commercial credit, designed by their very nature to be free of the equities between the parties to the underlying transaction which they are issued to secure. »⁽⁴⁰¹⁾.

Tel qu'expliqué précédemment, la définition de l'expression « Crédit » dans les RUU peut s'appliquer à une multitude d'instruments présentement existants ou qui seront créés ultérieurement dont les plus connus actuellement sont la Standby et un certain type de Garantie Indépendante⁽⁴⁰²⁾. Nous allons nous efforcer dans la présente section de faire brièvement état des distinctions entre la Lettre de Crédit, la Standby et la Garantie Indépendante pour démontrer que les principes fondamentaux de la Lettre de Crédit ne peuvent s'appliquer indifféremment à la Garantie Indépendante et à la Standby et vice-versa.

2.3.2.1.1 La Standby.

On dit de la Standby qu'elle est le « *lifeblood of international commerce* »⁽⁴⁰³⁾. La Standby est également nommée « garantie bancaire »⁽⁴⁰⁴⁾. L'expression « garantie bancaire » n'est pas employée dans le sens de l'expression anglaise « *guarantee* »

⁽⁴⁰¹⁾ *Cineplex Odeon Corp. c. 100 Bloor West General Partner Inc.*, [1993] O.J. No. 112 (Div. Gen. Ont.).

⁽⁴⁰²⁾ Soit la Garantie Indépendante irrévocable dite exclusivement documentaire c'est-à-dire celle dont le paiement se fera sur réception d'un document attestant le défaut. Notons que certains auteurs sont d'avis que ce n'est que la Lettre de Crédit et la Standby qui se réalisent par documents. À ce sujet, voir Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 280.

⁽⁴⁰³⁾ *R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. et al c. National Westminster Bank Ltd. et al* [1977] 2 All E.R. 862.

⁽⁴⁰⁴⁾ La Standby est également nommée « clean letter of credit ». *Fuji Bank c. 1440 Ste-Catherine Street Development Inc.*, 1993 WL 1438407 (Div. Gen. Ont.), alors qu'à la note en bas de page 32 de Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p. 31, on indique « *a simple demand guarantee is functionally similar to a clean letter of credit* ».

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

qui réfère à un cautionnement, soit une sûreté accessoire au contrat commercial, mais plutôt dans le sens d'une garantie indépendante au Contrat Commercial soit en anglais un « *independent guarantee* ».

Certains auteurs confondent la Standby et le cautionnement⁽⁴⁰⁵⁾, puisque tout comme pour le cautionnement, l'institution financière aux termes de la Standby va garantir les obligations d'une tierce partie⁽⁴⁰⁶⁾. Toutefois, la Standby n'est pas un cautionnement à proprement parler. D'ailleurs, rappelons-nous que la Standby a été créée aux États-Unis pour outrepasser la législation américaine qui interdisait à une institution financière de cautionner les obligations de son client, soit d'émettre en faveur du client une sûreté personnelle accessoire. Bien que la finalité de la Standby et celle du cautionnement soit semblable en ce que ces deux instruments sont une sûreté personnelle, les mécanismes et principes juridiques les gouvernant diffèrent⁽⁴⁰⁷⁾. Notons également qu'un cautionnement peut être consenti par toute personne physique ou morale tandis que la Standby ne peut être émise que par une institution financière.

La Standby se veut un instrument hybride en ce qu'elle emprunte de la Garantie Indépendante sa fonction de sûreté personnelle indépendante et du crédit documentaire sa structure juridique⁽⁴⁰⁸⁾. De par son caractère hybride, certains auteurs sont d'avis que la Standby est tout simplement un faux crédit

⁽⁴⁰⁵⁾ Marc LEMIEUX, « *Les décisions Bombardier Inc. c. Hermes Aero LLC et l'autonomie des crédits standby* », (2003) 63 R. du B. 427.

⁽⁴⁰⁶⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 337.

⁽⁴⁰⁷⁾ Le cautionnement fait l'objet d'une étude spécifique à la section 2.3.2.2.1.

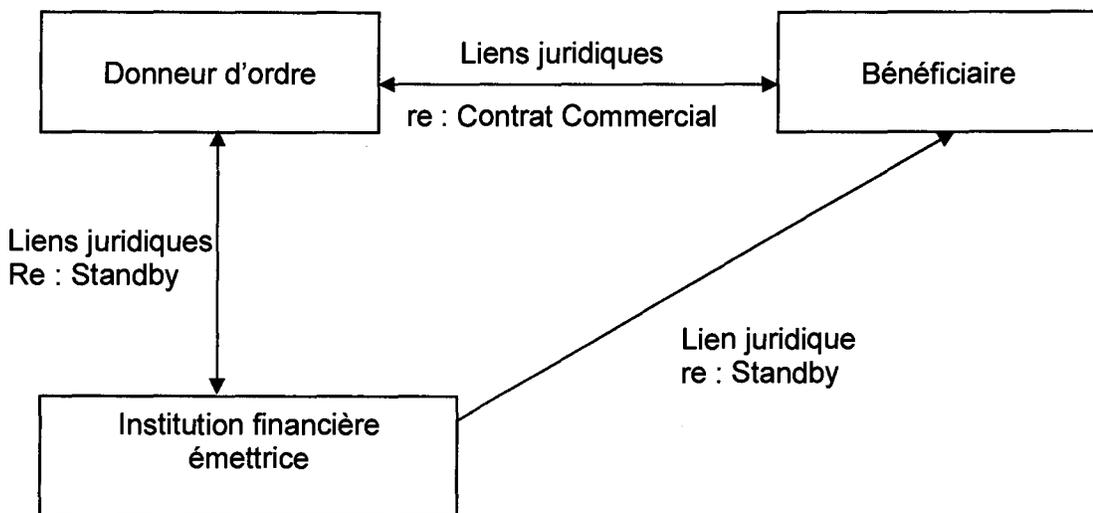
⁽⁴⁰⁸⁾ Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international : Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, banque et financement, Genève, CCI, p. 280 ; Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 277 ; *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union (1987)*, 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C. Ont.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

documentaire⁽⁴⁰⁹⁾ en ce qu'elle est une Garantie Indépendante émise sous la forme d'un crédit documentaire⁽⁴¹⁰⁾.

La structure juridique de la Standby est similaire à celle de la Lettre de Crédit. Effectivement, tout comme la Lettre de Crédit, la Standby implique généralement trois parties à savoir, le donneur d'ordre, l'institution financière émettrice et le bénéficiaire. De plus, tout comme la Lettre de Crédit, la Standby peut impliquer une quatrième partie, soit une institution financière notificatrice ou confirmatrice.

LETTRE DE CRÉDIT STANDBY



La Standby a une structure juridique similaire à la Lettre de Crédit et c'est une des raisons pour laquelle les principes fondamentaux de ces deux instruments paraissent similaires dont notamment leur autonomie par rapport au Contrat Commercial. Toutefois, l'autonomie de la Standby se distingue de celle de la Lettre

⁽⁴⁰⁹⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 48.

⁽⁴¹⁰⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 165.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

de Crédit par son mode de paiement⁽⁴¹¹⁾. Alors que le paiement de la Lettre de Crédit se fait suite à une Présentation Conforme dans les délais requis prouvant en quelque sorte l'exécution du Contrat Commercial, le paiement de la Standby se fait suite à la survenance d'un défaut aux termes du Contrat Commercial⁽⁴¹²⁾. Cette distinction s'explique par la finalité de la Standby : « (l)es standby sont émises pour garantir le paiement à date d'exigibilité ou après carence d'obligations de remboursement de prêts ou d'avances de fonds, ou qui font suite à la survenance ou non-survenance d'un événement. »⁽⁴¹³⁾. D'ailleurs, notons que les différents types de Standby se distinguent par les obligations qu'elles garantissent⁽⁴¹⁴⁾. Dès lors, à la différence d'une institution financière émettrice d'une Lettre de Crédit qui s'attend à payer le bénéficiaire, à moins qu'il n'y ait pas de Présentation Conforme dans les délais requis, l'institution financière émettrice d'une Standby ne prévoit pas procéder au paiement de la Standby à moins qu'il y ait survenance d'un défaut de la part du donneur d'ordre aux termes du Contrat Commercial⁽⁴¹⁵⁾. La Standby est donc émise à titre de dédommagement en cas de l'inexécution des obligations du donneur

⁽⁴¹¹⁾ La Cour d'appel de la Colombie Britannique rappelle dans l'arrêt 430872 *B.C. Ltd. c. KPMG Inc.* 2004 BCCA 186 la différence entre la Standby et la Lettre de Crédit.

⁽⁴¹²⁾ Souvent on demandera un certificat attestant le défaut. Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 337.

⁽⁴¹³⁾ Préface des *Règles et pratiques internationales relatives aux Standby*, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 580, 1998.

⁽⁴¹⁴⁾ « Standby de bonne fin » garantit l'accomplissement d'une obligation autre que de payer une somme d'argent, y compris la couverture de pertes découlant de la défaillance du donneur d'ordre dans l'accomplissement des opérations sous-jacentes ;
 « Standby de remboursement d'acompte » garantit le remboursement du paiement d'acompte effectué par le bénéficiaire au donneur d'ordre ;
 « Standby de contre-garantie » garantie l'émission d'une standby distincte ou de tout autre engagement par le bénéficiaire de ladite standby de contre-garantie ;
 « Standby financière » garantit l'obligation de payer une somme d'argent y compris une obligation de rembourser une somme empruntée ;
 « Standby de paiement direct » garantit le paiement à l'échéance d'une obligation monétaire sous-jacente, typiquement dans le cadre d'une standby financière et indépendamment de toute défaillance ;
 « Standby d'assurance » garantit une obligation en matière d'assurance ou de réassurance du donneur d'ordre ;
 « Standby commerciale » garantit les obligations d'un donneur d'ordre de payer des marchandises ou des services en cas de non-paiement par d'autres moyens.

⁽⁴¹⁵⁾ Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under international Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p. 37.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

d'ordre et non du bénéficiaire⁽⁴¹⁶⁾ et sa plus grande particularité est que le défaut d'exécution n'a pas besoin d'être prouvé. En effet, le paiement de la Standby se fait automatiquement lorsque le défaut aux termes du Contrat Commercial est soulevé par le bénéficiaire de la Standby. Ainsi, nonobstant que le paiement de la Standby soit enclenché par le défaut du donneur d'ordre aux termes du Contrat Commercial, la Standby conserve son autonomie par rapport à ce dernier, puisque ce défaut donne droit automatiquement au paiement sans que les parties à la Standby ne puissent soulever les moyens de défense aux termes du Contrat Commercial pour refuser d'exercer le paiement de la Standby. En d'autres termes, la Standby « (...) 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 constitué d'une obligation indépendante du contrat garanti caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat. »⁽⁴¹⁷⁾. C'est ce que l'on appelle le caractère « liquide » de la Standby.

Toutefois, l'autonomie de la Standby ne peut être aussi rigide que celle de la Lettre de Crédit considérant que dans le cas de la Standby, le paiement est une exception et non le but recherché comme c'est la cas pour la Lettre de Crédit⁽⁴¹⁸⁾ et que le défaut doit provenir inévitablement d'un manquement au Contrat Commercial. En fait, le paiement de la Standby est beaucoup plus subjectif que le paiement de la Lettre de Crédit, puisque l'institution financière doit, en quelque sorte, dans le premier cas « constater » le défaut aux termes du Contrat Commercial pour procéder au paiement tandis que dans le deuxième cas, l'institution financière doit « évaluer » les documents et non la marchandise pour procéder au paiement. Ainsi, dans le cas de la Standby, il s'agit d'un renversement complet du risque envers le donneur d'ordre qui se voit contraint d'exécuter ses obligations aux termes du Contrat Commercial et ce, à l'entière satisfaction du bénéficiaire. Il va sans dire que le donneur d'ordre se place en quelque sorte dans une situation très vulnérable alors que le bénéficiaire peut exercer d'énormes pressions pour obtenir pleine satisfaction

⁽⁴¹⁶⁾ *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union (1987)*, 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C. Ont.).

⁽⁴¹⁷⁾ Philip SIMLER, *Cautionnement et garantie autonomes*, 2e éd., Paris, Litec, 1991, p.676.

⁽⁴¹⁸⁾ *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union (1987)*, 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C. Ont.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

des obligations du donneur d'ordre et même davantage. Force est de constater qu'une des conséquences dangereuses de l'autonomie de la Standby est la quasi-impossibilité pour le donneur d'ordre de se prémunir contre toute pratique frauduleuse de la part du bénéficiaire. C'est notamment la raison pour laquelle certains auteurs américains vont qualifier la Standby de « *Suicide Letters of Credit* »⁽⁴¹⁹⁾.

Une autre distinction entre la Lettre de Crédit et la Standby est leur réglementation. Bien que les RUU s'appliquent aux Standby depuis 1983, le 1er janvier 1999, furent créées les RPIS98 pour remédier aux lacunes et aux incongruités de l'application des RUU aux Standby⁽⁴²⁰⁾. Les similitudes et divergences entre les RUU et les RPIS98 ne seront pas étudiées dans le cadre de la présente thèse, notons néanmoins que tout comme les RUU600, l'application des RPIS98 est discrétionnaire. Effectivement, pour que les RPIS98 s'appliquent à la Standby, il doit y avoir une mention expresse dans la Standby à l'effet que ces règles s'y appliquent. De plus, une Standby peut prévoir que les RPIS98 s'appliquent, mais limiter leur application en modifiant ou en excluant certaines des dispositions des RPIS98 qui lui seront applicables : « (t)out engagement soumis à ces règles peut en modifier ou en exclure expressément l'application. »⁽⁴²¹⁾.

Bien que la Standby ait sa propre réglementation, il est étonnant de constater que le modèle standard de Standby de la majorité des grandes institutions financières canadiennes réfère toujours en 2009 aux RUU⁽⁴²²⁾. Cette pratique est également suivie par les tribunaux : « (c)ases concerning standby credits can, however, be of relevance in respect of issues concerning documentary credits as the courts are

⁽⁴¹⁹⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 348.

⁽⁴²⁰⁾ Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 11.

⁽⁴²¹⁾ Article 1.01 RPIS98.

⁽⁴²²⁾ Cette constatation vient suite à notre révision des modèles standard de Standby des institutions canadiennes qui nous ont été transmis par les répondants au Questionnaire.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

inclined to apply a uniform body of law to both types of letter of credit. »⁽⁴²³⁾. Il est vrai qu'il est expressément reconnu aux termes des RUU que ces règles peuvent s'appliquer aux Standby. Toutefois, on y reconnaît que cette application n'est pas sans faille d'où la mention « *dans la mesure où elles seraient applicables* ». Soulignons que les rédacteurs des RUU600 avaient envisagé supprimer l'application des RUU à la Standby, mais considérant que les acteurs du commerce international ne souhaitaient guère un tel changement et qu'ils allaient continuer à appliquer ces règles à la Standby nonobstant l'entrée en vigueur d'un tel changement, ils ont décidé de ne pas supprimer l'application des RUU aux Standbys. Les rédacteurs des RUU600 expliquent ceci en mentionnant :

« (a)fter considerable discussion, the Drafting Group felt that the reference to standby credits could not be deleted since, despite the introduction of ISP98, there were still a significant number of standby credits that continued to be issued subject to the UCP. The Drafting Group also believed that even if the reference were deleted, banks would continue to issue standby credits subject to the UCP. »⁽⁴²⁴⁾.

Pour conclure sur la Standby, disons que « (t)he ICC takes the view that standby letters of credit more closely resemble documentary credits than performance bonds, and in functional terms that is undoubtedly true. Legally, they are closer to performance bonds. »⁽⁴²⁵⁾.

2.3.2.1.2 La Garantie Indépendante.

Tout comme la Lettre de Crédit et la Standby, la Garantie Indépendante est née des usages et des pratiques commerciales⁽⁴²⁶⁾. La Garantie Indépendante est également

⁽⁴²³⁾ E.P. ELLINGER, *Letters of credit in the Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. 2, Bielfeld, Horn & Schmitthoff, Eds.; 1982, p. 248.

⁽⁴²⁴⁾ *Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group*, Paris, International Chamber of Commerce, 2007, p. 12.

⁽⁴²⁵⁾ Paul TODD, *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, 4th ed., London, Informa, 2007, p. 52.

⁽⁴²⁶⁾ Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 79.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

nommée « garantie à première demande »⁽⁴²⁷⁾, « garantie bancaire », « garantie autonome » et « lettre de garantie ». L'expression « Lettre de garantie » étant couramment utilisée par les tribunaux et les institutions financières de la Province du Québec tandis que l'expression « Garantie Indépendante » est plus répandue ailleurs⁽⁴²⁸⁾.

La Garantie Indépendante est une sûreté personnelle, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une garantie des obligations d'une tierce partie, mais à la différence du cautionnement qui est une sûreté accessoire à l'obligation garantie⁽⁴²⁹⁾, la Garantie Indépendante, de même que la Standby, est une sûreté indépendante aux obligations garanties d'où son appellation. La Garantie Indépendante est définie comme étant :

« (...) un engagement de payer une certaine somme à première demande du bénéficiaire ou sur présentation d'un certificat déclarant que le donneur d'ordre est en défaut, en se référant au seul texte de l'engagement, sans pouvoir invoquer des moyens tirés du contrat de base sous-jacent. »⁽⁴³⁰⁾.

La structure juridique de la Garantie Indépendante peut s'assimiler à celle de la Lettre de Crédit en ce qu'elle implique également trois parties dont le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Toutefois, la troisième partie diffère en ce que l'institution financière émettrice que nous retrouvons dans la structure juridique de la Lettre de Crédit est remplacée dans la structure de la Garantie Indépendante par un garant⁽⁴³¹⁾, soit le garant du donneur d'ordre.

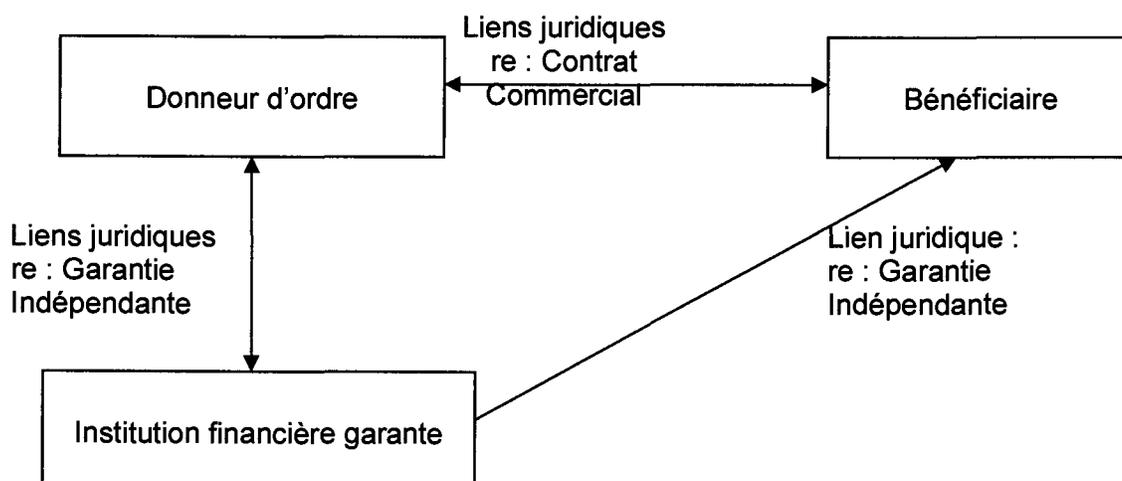
⁽⁴²⁷⁾ Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international : Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, Banque et financement, Genève, CCI, 2002, p. 226.

⁽⁴²⁸⁾ Marc LACOURSIÈRE et Steven P. JEFFERY, *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada-Section civile, Rapport d'avant mise en œuvre, Toronto et Québec, mars 2006, p. 4.

⁽⁴²⁹⁾ Article 2340 Code civil.

⁽⁴³⁰⁾ Introduction des RUGD.

⁽⁴³¹⁾ Aux termes de l'article 2 (a) RUGD, le garant peut être une banque, une compagnie d'assurance ou toute personne physique ou morale.

GARANTIE INDEPENDANTE

Lorsque la Garantie Indépendante est utilisée au niveau international, le bénéficiaire peut exiger l'intervention d'une quatrième partie soit, un second garant établi dans le pays du bénéficiaire : le « garant du bénéficiaire ». C'est ce que nous nommons la contre-garantie.

Le garant du bénéficiaire, à la demande du garant du donneur d'ordre, émet une seconde Garantie Indépendante en faveur du bénéficiaire. Le garant du donneur d'ordre s'engage personnellement envers le garant du bénéficiaire à lui payer les commissions et les frais afférents à la seconde Garantie Indépendante ainsi qu'à couvrir immédiatement la totalité de ses débours dans le cas où la seconde Garantie Indépendante serait appelée pour paiement. La contre-garantie offre l'avantage pour le bénéficiaire d'agir contre un garant situé dans son pays s'il survient des incidents⁽⁴³²⁾.

Il est vrai que la structure juridique de la Garantie Indépendante peut s'apparenter à celle de la Lettre de Crédit en ce qu'il n'y a généralement que trois parties

⁽⁴³²⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 293.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

impliquées et dans certains cas quatre parties. Toutefois, à la différence de la contre-garantie où le bénéficiaire ne conserve qu'un lien juridique avec le garant du bénéficiaire, puisque ce lien se substitue au lien entre le garant du donneur d'ordre et le bénéficiaire, dans le cas de la Lettre de Crédit, si une quatrième partie intervient et qu'elle confirme le Crédit, le lien entre l'institution financière confirmatrice et le bénéficiaire s'ajoute au lien entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire. La structure juridique de la Garantie Indépendante se distingue de celle de la Standby du fait que la structure de cette dernière s'apparente davantage à celle de la Lettre de Crédit.

De plus, la finalité de la Garantie Indépendante se différencie de celle de la Lettre de Crédit ; la Lettre de Crédit sert non seulement d'instrument de paiement, mais également de sûreté personnelle indépendante et dans certains cas, de facilité de crédit alors que la Garantie Indépendante ne peut servir que de sûreté personnelle indépendante. D'ailleurs c'est la raison pour laquelle le système européen consent à la Garantie Indépendante le caractère de « *self liquidating* »⁽⁴³³⁾ de la Standby. La fonction de sûreté personnelle indépendante de la Garantie Indépendante fait en sorte que son paiement est subsidiaire⁽⁴³⁴⁾, ce qui la distingue de la Lettre de Crédit, mais la rapproche de la Standby. De par leur ressemblance, les divergences entre la Garantie Indépendante et la Standby sont si subtiles qu'elles passent trop souvent inaperçues au juriste qui les méconnaît et c'est la raison pour laquelle ces deux instruments sont fréquemment confondus :

« (t)here is a widespread belief that American standby letters of credit are different from the European independent guarantee. This is a fallacy. As is apparent from the above description, its function i.e., the furnishing of security, and its mechanics, notably the rule of independence and the

⁽⁴³³⁾ Yves POULLET, Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, *Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours des 19 et 29 juin 1980, Paris, Éditions du Moniteur, p. 16.

⁽⁴³⁴⁾ Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and common Law Jurisdictions*, 3rd revised ed., Kluwer Law International, ICC Publishing S.A., 2004, p. 69.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

documentary nature of the conditions of payment, are the same as those of the European independent guarantee. They can be used for the same purposes (see Chapter 3), and they may contain the same conditions (see Chapter 4). Accordingly, the American standby letter of credit and the European independent guarantee represent conceptually and legally the same device. »⁽⁴³⁵⁾.

Certains auteurs vont même dire : « (g)uarantee Letter of Credit: another name for standby letter of credit. »⁽⁴³⁶⁾. Malgré les similitudes entre ces deux instruments, la Garantie Indépendante doit se distinguer de la Standby. Sans nous entretenir davantage sur la distinction entre la Garantie Indépendante et la Standby, notons que les obligations qu'elles garantissent ne sont pas les mêmes en pratique. Bien que la préface des RIPS98 indique que la Standby peut garantir autant l'exécution d'obligations contractuelles que des obligations monétaires : « (l)es standby sont émises pour garantir le paiement à date d'exigibilité ou après carence d'obligations de remboursement de prêts ou d'avances de fonds, ou qui font suite à la survenance ou non-survenance d'un événement. » notons qu'en pratique, la Standby est plus souvent utilisée pour garantir l'exécution d'obligations monétaires alors que la Garantie Indépendante est plus souvent utilisée pour garantir l'exécution d'obligations contractuelles⁽⁴³⁷⁾.

⁽⁴³⁵⁾ Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade: The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and common Law Jurisdictions*, 3rd revised ed., Kluwer Law International, ICC Publishing S.A., 2004, p. 7. Cette explication a été reprise par Matti S. KURKELA, *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, p. 38.

⁽⁴³⁶⁾ Burton V. McCULLOUGH énonce la définition de lettre de garantie comme suit à la page GL-46.

⁽⁴³⁷⁾ Il existe plusieurs types de Garantie Indépendante. Les plus courantes étant la garantie de soumission, la garantie de restitution d'acompte, la garantie d'équipement, la garantie de bonne exécution, la garantie de maintenance, la garantie de retenue de garantie, la garantie de paiement, la garantie pour documents manquants, la garantie de découvert local, la garantie de paiement des droits de douane, la garantie d'acquisition de pétrole brut et la garantie de crédit. Voir Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international: Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, Banque et financement, Genève, CCI, 2002, p. 251-

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

En réponse à cette confusion entre la Standby et la Garantie Indépendante, la Commission des Nations Unies a créé un ensemble de règles réglementant ces deux instruments : la Convention des Nations Unies. Cette convention vise à faciliter l'utilisation de la Garantie Indépendante et de la Standby et à réduire l'incertitude liée à ces instruments. Ainsi, la Convention des Nations Unies fait référence à la Standby et à la Garantie Indépendante sous une seule appellation, l'« Engagement », ce qui reflète la volonté de souligner leurs caractéristiques communes⁽⁴³⁸⁾. L'« Engagement » est défini aux termes de la Convention des Nations Unies comme suit :

« (a)ux fins de la présente Convention, un engagement est un engagement indépendant, connu dans la pratique internationale sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit standby, pris par une banque ou une autre institution ou personne (« garant/ émetteur »), de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation, pour toute autre éventualité, ou en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne. »⁽⁴³⁹⁾.

À la différence des RUU et des RPSI98 qui sont d'application discrétionnaire, la Convention des Nations Unies s'applique automatiquement à tout Engagement à moins qu'une disposition expresse n'exclut son application⁽⁴⁴⁰⁾. Adoptée le 11 décembre 1995, la Convention des Nations Unies n'est entrée en vigueur que le 1^{er} janvier 2000. Notons qu'en date de notre recherche, qu'elle n'était ratifiée que

256 ; Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 290.

⁽⁴³⁸⁾ *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Doc. off. AG, 5^e session, 87^e séance, A/RES/50/48 (1995).

⁽⁴³⁹⁾ Article 2 Convention des Nations Unies.

⁽⁴⁴⁰⁾ Article 1 Convention des Nations Unies.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

par huit pays soit : les États-Unis, le Gabon, l'El Salvador, le Belarus, l'Équateur, le Koweït, le Libéria, le Panama et la Tunisie⁽⁴⁴¹⁾.

Bien que réglementée par la Convention des Nations Unies, la Garantie Indépendante a également ses propres règles internationales : les RUGD. Tout comme les RUU et les RPSI98, les RUGD sont d'application discrétionnaire en ce qu'il faut une mention expresse dans la Garantie Indépendante à l'effet que ces règles s'y appliquent⁽⁴⁴²⁾. Tout en étant conscient des similitudes entre la Standby et la Garantie Indépendante, il faut se demander pourquoi avoir créé une nouvelle convention internationale applicable à ces instruments alors que la Garantie Indépendante est régie par les RUGD et les Standby par les RPIS98 et que ces deux instruments peuvent également être régis par les RUU ? Néanmoins, il ne semble pas y avoir de contradictions entre les RUGD et la Convention des Nations Unies en ce qu'il est expressément prévu à l'article 13 de la Convention des Nations Unies que les lois incorporées par référence à la Garantie Indépendante (y compris les RUGD et les RUU) prévalent sur les dispositions de la Convention des Nations Unies.

Une autre distinction peut être soulevée entre la Garantie Indépendante et la Lettre de Crédit, soit leur autonomie par rapport au Contrat Commercial. Pour être autonome, la Garantie Indépendante doit inclure une référence indiquant la nature indépendante de celle-ci⁽⁴⁴³⁾ face au Contrat Commercial. Telle référence ne sera pas nécessaire si la Garantie Indépendante indique que les RUGD ou les RUU s'appliquent étant entendu qu'en vertu de ces règles, il y a une présomption à l'effet que l'instrument est indépendant du Contrat Commercial⁽⁴⁴⁴⁾. Il en sera autrement si c'est le Code civil ou la Convention des Nations Unies qui s'applique. Un rédacteur soucieux de préserver l'autonomie de la Garantie Indépendante face au Contrat

⁽⁴⁴¹⁾ *État : 1995 - Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by :*
http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/1995Convention_garantees_status.html.

⁽⁴⁴²⁾ Article 1 RUGD.

⁽⁴⁴³⁾ Article 5 RUGD ; article 4 RUU600.

⁽⁴⁴⁴⁾ Article 2 (b) RUGD.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Commercial devra faire attention aux termes utilisés pour décrire cette sûreté indépendante et exclure tout terme pouvant porter confusion avec le cautionnement et ce, car les tribunaux ne sont pas liés par les termes utilisés par les parties. À titre d'exemples, dans l'arrêt *Banque Mercantile du Canada c. Forex Leroy Inc.*⁽⁴⁴⁵⁾, la Cour d'appel du Québec a jugé que nonobstant le titre du document « *Letter of Guarantee* », il s'agissait d'un cautionnement régi par le Code civil et la Cour supérieure du Québec a fait de même dans l'affaire *B.g. Checo International Ltée c. B.N.P. Canada Inc.*⁽⁴⁴⁶⁾, lorsqu'elle a confondu l'expression « *bank letter of guarantee* » avec un cautionnement.

L'autonomie de la Garantie Indépendante s'apparente à celle de la Lettre de Crédit en ce que le garant ne peut soulever ni les exceptions propres au Contrat Commercial y compris sa nullité ni les exceptions reliées au lien juridique entre le garant et le donneur d'ordre ou tout autre contrat entre ces derniers pour refuser d'exécuter son obligation envers le bénéficiaire⁽⁴⁴⁷⁾. L'institution financière émettrice de la Garantie Indépendante n'a donc pas à considérer si le donneur d'ordre est en défaut ou non aux termes du Contrat Commercial, il doit payer si le bénéficiaire soulève le défaut. Toutefois, comme pour la Standby, cette autonomie n'est pas aussi rigide que celle de la Lettre de Crédit et ce, pour les mêmes raisons que nous avons exposées précédemment.

Sans nous entretenir davantage sur le contenu du document constitutif de la Garantie Indépendante, mentionnons que les parties soucieuses de conserver leur autonomie par rapport au Contrat Commercial se doivent également d'inclure une référence au caractère exclusivement documentaire de celle-ci. Ainsi, le bénéficiaire sera requis de présenter un document attestant le défaut du donneur d'ordre de respecter ses obligations. Condition que nous retrouvons d'ailleurs pour la Standby et qui fait de ce type de Garantie indépendante un crédit documentaire. À défaut

⁽⁴⁴⁵⁾ 1989 CanLII 694 (QC C.A.).

⁽⁴⁴⁶⁾ J.E. 81-922 (C.S.).

⁽⁴⁴⁷⁾ Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international : Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, Banque et financement, Genève, CCI, p. 227.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

d'exiger un tel document, le défaut pourra simplement être stipulé par le bénéficiaire étant entendu que la présentation de documents pour obtenir paiement n'est pas une condition à la validité d'une Garantie Indépendante. Lorsque le paiement de la Garantie Indépendante est conditionnel à la présentation de documents, le rôle du garant se voit limité à la seule vérification des documents sans s'ingérer dans les relations entre les parties pour constater le défaut⁽⁴⁴⁸⁾. Le paiement subjectif laisse place à un paiement beaucoup plus objectif. C'est ce que nous nommons l'autonomie dans l'engagement de l'institution financière.

Le principe du formalisme⁽⁴⁴⁹⁾ de la Garantie Indépendante est similaire au principe de la stricte conformité de la Lettre de Crédit, mais ils se différencient en ce que la Lettre de Crédit exige la présentation de plusieurs documents tandis que la Garantie Indépendante, lorsqu'elle est documentaire, se limite à un certificat attestant le défaut. L'obligation de paiement du garant d'une Garantie Indépendante est, comme pour une Lettre de Crédit, enclenchée par une Présentation Conforme dans les délais requis par le bénéficiaire. Toutefois, alors que pour la Garantie Indépendante, le certificat attestant du défaut provient du bénéficiaire, dans le cas de la Lettre de Crédit, les documents proviennent de tierces parties permettant ainsi une plus grande autonomie entre l'instrument et les documents devant être présentés pour obtenir paiement.

Par ailleurs, le principe d'incessibilité⁽⁴⁵⁰⁾ de la Lettre de Crédit ne peut s'appliquer à la Garantie Indépendante. Effectivement, aux termes de l'article 4 RUGD et de l'article 9 Convention des Nations Unies, la Garantie Indépendante est incessible, non transférable, sauf stipulation contraire. Ainsi, les parties peuvent prévoir que la Garantie indépendante est cessible en ajoutant une référence à cet effet et le produit de la Garantie Indépendante peut être cédé sans qu'il n'y ait une mention à cet effet.

⁽⁴⁴⁸⁾ Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international : Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, Banque et financement, Genève, CCI, 2002, p. 224.

⁽⁴⁴⁹⁾ Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international : Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, Banque et financement, Genève, CCI, p. 228.

⁽⁴⁵⁰⁾ Article 39 RUU.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

2.3.2.1.3 Les conséquences de cette comparaison :
le méli mélo dans les décisions judiciaires.

La Lettre de Crédit, la Standby et la Garantie Indépendante sont des Crédits aux termes des RUU, des Crédits qui se ressemblent en ce qu'ils agissent tous à titre de sûreté indépendante, mais ils divergent sur plusieurs points. Sans avoir fait une étude exhaustive sur le sujet, nous avons démontré que ces Crédits se dissocient les uns des autres par leur finalité, leur structure juridique et leur réglementation. Malgré ces divergences majeures, certains auteurs et juristes s'entêtent à emprunter les mêmes principes fondamentaux à ces Crédits⁽⁴⁵¹⁾. Mais pourquoi ? Devant des instruments qui leur sont incompris, les subtilités de ces Crédits passent souvent inaperçues et dès lors, ces instruments semblent avoir beaucoup plus de traits communs qu'ils en ont réellement. L'incompréhension de ces instruments est la conséquence directe de leur dénaturation, puisqu'appliquer les principes de la Lettre de Crédit à la Standby ou à la Garantie Indépendante et vice-versa ne peut, sans contredit, tendre qu'à des incongruités et à des jugements empreints de confusion. L'exemple le plus éloquent est sans aucun doute l'affaire *Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union* où l'on confond le cautionnement, la Garantie Indépendante, la Standby et la Lettre de Crédit et ce, dans le même extrait :

« (t)he plaintiffs say that the documents signed by McGonegal and relied on the plaintiffs were guarantees. The defendants say they were performance guarantees, or stand-by commercial credits, and not traditional guarantees. The documents have been referred to from time to time in argument and evidence as letters of credit and as guarantees and as commercial credits. »⁽⁴⁵²⁾.

⁽⁴⁵¹⁾ An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 62 ; Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade : The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and common Law Jurisdictions*, 3rd revised ed., Kluwer Law International, ICC Publishing S.A., 2004, p. 69.

⁽⁴⁵²⁾ (1987) 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C. Ont.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Citons également quelques exemples de décisions mêlant les divers crédits documentaires et leurs principes fondamentaux :

- Dans l'affaire *Produits pétroliers Bernières inc. c. Banque Nationale du Canada*⁽⁴⁵³⁾, la Cour supérieure du Québec dans son jugement utilise les expressions Standby, Lettre de Crédit et Garantie Indépendante pour désigner le même document.
- Dans l'arrêt *3099-2325 Québec Inc. c. 2849-6810 Québec Inc.*⁽⁴⁵⁴⁾, la Cour d'appel du Québec dans son jugement utilise non seulement les expressions Standby, Lettre de Crédit et Garantie Indépendante, mais aussi l'expression « lettre de crédit bancaire » pour désigner le même document.
- Dans l'affaire *Société en Commandite, Stationnement de Montréal c. Banque Nationale du Canada*⁽⁴⁵⁵⁾, la Cour supérieure du Québec constate qu'il y a confusion dans les décisions des tribunaux et reprend certains arrêts pour démontrer cette confusion :

« (d)ans *Sinason-Teicher Inter-American Grain Corporation c. Oilcakes and Oilseeds Trading Co. Ltd.*, on peut lire aux pages 501 et 502 :

« A confirmed irrevocable letter of credit fulfils all the purposes of a bank guarantee, and far more than a bank guarantee, but I think that a bank guarantee is sufficiently analogous to a letter of credit for it to be said that the same sort of principles ought to be applied in measuring the time. »

Cette notion a été suivie à plusieurs occasions :

Elian and Rabbath (Trading as Elian & Rabbath) v. Matsas and Matsas⁽⁴⁵⁶⁾,

R D Harbottle (Mercantile) Ltd. and another v. National Westminster Bank Ltd. and others⁽⁴⁵⁷⁾;

⁽⁴⁵³⁾ REJB 1998-05528(C.S.).

⁽⁴⁵⁴⁾ REJB 1999-13879 (C.A.).

⁽⁴⁵⁵⁾ J.E. 2001-263, (C.S.).

⁽⁴⁵⁶⁾ [1954] 2, All ER, 497.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Edward Owen Engineering Ltd. v. Barclays Bank International Ltd.⁽⁴⁵⁸⁾.

De plus, ce principe aurait été reconnu au Canada dans les arrêts :

Rosen et al. v. Pullen et al.⁽⁴⁵⁹⁾;

Fuji Bank Canada v. 1440 Ste-Catherine Street Development Inc.⁽⁴⁶⁰⁾ ».

De par ces quelques cas jurisprudentiels, nous constatons que les décisions internationales relatives aux crédits documentaires empreintes de concepts contradictoires et divergents sont reprises à tort par les tribunaux canadiens. D'ailleurs, ce désordre juridique a été soulevé par le juge McCarthy, dissident dans l'arrêt *Banque Mercantile du Canada c. Forex Leroy Inc.* :

« (o)n September 15 Forex requested that American supply an "irrevocable letter of credit" from its bank. On September 25, American's Bank wrote to Forex, referring to a "Letter of guarantee". The use of both terms is not surprising. In Crawford & Falconbridge, Banking and Bills of Exchange, 8tg Ed., (1986), vol 1, page 874, note 21, we read of "the functional identity of guaranties and letter of credit". »⁽⁴⁶¹⁾.

Nul ne peut nier que cette confusion est bel et bien présente dans les décisions des tribunaux canadiens. Il est d'ailleurs dommage de constater que la doctrine et la jurisprudence canadiennes étant peu nombreuses sur la Lettre de Crédit et également parce que quelques auteurs et juges ne distinguent pas les divers crédits documentaires et certains types de sûreté, la tendance est d'appliquer la doctrine et la jurisprudence relatives à la Standby, à la Garantie Indépendante, à la Lettre de Crédit. Cette technique de comparaison⁽⁴⁶²⁾ doit être utilisée avec une extrême prudence :

⁽⁴⁵⁷⁾ [1977] 2 All E.R. 862.

⁽⁴⁵⁸⁾ [1978] 1 All ER, 976.

⁽⁴⁵⁹⁾ 1981)16, B.L.R., 28.

⁽⁴⁶⁰⁾ (1993)O.J., No. 2467 (Q.L.) (Gen. Div.).

⁽⁴⁶¹⁾ 1989 CanLII 694 (QC C.A.).

⁽⁴⁶²⁾ W.C. GRAHAM et Jan MATEJCEK, *The Law and Practice relating to the use of letters of credit and performance bonds in securing contractual performance in Canada and the*

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

« (i)n view of their similarities, independent guarantees and standby letter of credit are treated in much the same way as documentary credits in American and English law in particular. Nonetheless, one must be careful not to adopt each and every rule relating to letters of credit mechanically and without reflection. Apart from this, the issues which may arise in the context of guarantees tend to be quite different from those in the case of documentary credits. »⁽⁴⁶³⁾.

Très étrangement, notre étude jurisprudentielle et doctrinale, au lieu d'approfondir notre connaissance sur la Lettre de Crédit, nous a tout simplement déséquilibré dans cet univers chaotique⁽⁴⁶⁴⁾. Mais comment un profane en la matière peut-il se faire une raison sur la Lettre de Crédit alors que la doctrine et la jurisprudence sont empreintes de divergences ? En fait,

« (l)e crédit documentaire comme toute technique aux mains des spécialistes souffre en effet d'un certain hermétisme qui n'en facilite guère la compréhension alors que les véritables praticiens devraient, au contraire, s'efforcer de le démythifier et de le rendre accessible à tous. Il s'agit pourtant d'une édification du temps, dont l'accomplissement n'est jamais atteint puisque les matériaux utilisés varient avec les besoins; de sorte qu'en dépit des efforts qu'on peut faire pour essayer de l'appréhender tout entier, des situations imprévues surgissent à tout moment, que seul le bon sens et l'expérience permettent de dominer. »⁽⁴⁶⁵⁾.

United States, Colloque de Tours des 19 et 29 juin 1980, Paris, Éditions du Moniteur, p. 63 ; Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 338.

⁽⁴⁶³⁾ Roeland F. BERTRAMS, *Bank Guarantees in International Trade : The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and common Law Jurisdictions*, 3rd revised ed., Kluwer Law International, ICC Publishing S.A., 2004, p. 69.

⁽⁴⁶⁴⁾ Charles Moumouni est du même avis. À cet effet, voir Charles MOUMOUNI, « Contrat de crédit documentaire : mirages et écueils d'un instrument de paiement international », (1996), 56 n° 4 *R. du B.* 521.

⁽⁴⁶⁵⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Editions Sirey, 1979, p. 13.

2.3.2.2 L'explication de la Lettre de Crédit par un principe de droit national.

Certains auteurs croient, surtout dans les systèmes civilistes, qu'il faut comparer la Lettre de Crédit avec d'autres mécanismes juridiques propres à leur droit national pour la démystifier. Bien que la structure juridique de la Lettre de Crédit, semble de prime à bord élémentaire, elle est difficilement explicable notamment en raison du principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial. En effet, comment expliquer que l'institution financière émettrice s'oblige envers le bénéficiaire alors que l'inverse n'est pas vrai⁽⁴⁶⁶⁾. Pourtant, en droit civil québécois, « (i) est de l'essence de l'obligation qu'il y ait des personnes entre qui il existe une prestation qui en soit l'objet et, s'agissant d'une obligation découlant d'un acte juridique, une cause qui en justifie l'existence. »⁽⁴⁶⁷⁾. Ce qui est étrange avec la Lettre de Crédit, c'est que l'institution financière émettrice accepte d'exécuter les obligations du donneur d'ordre aux termes du Contrat Commercial en se dissociant complètement dudit contrat créant ainsi une autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial. Pour comprendre le lien juridique entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire, plusieurs auteurs québécois comparent la Lettre de Crédit avec le cautionnement, la théorie du mandat, la stipulation pour autrui et la délégation de paiement. Dans la présente section, nous allons essayer de démontrer que ce lien juridique ne peut s'expliquer par ces mécanismes juridiques.

2.3.2.2.1 Le cautionnement.

Comment interpréter la Lettre de Crédit à la lumière des principes régissant le cautionnement alors qu'il s'agit de concepts forts différents. Le cautionnement est défini à l'article 2333 Code civil comme suit : « (l) *e cautionnement est le contrat par*

⁽⁴⁶⁶⁾ C'est la raison pour laquelle nous sommes d'avis, à tout de moins en droit québécois, que nous ne pouvons opérer compensation entre les sommes devant être payées au bénéficiaire aux termes de la Lettre de Crédit avec la créance que le donneur d'ordre pourrait avoir à l'encontre du bénéficiaire aux termes du Contrat Commercial. À ce sujet, voir la section 2.2.2.3.2a).

⁽⁴⁶⁷⁾ Article 1371 Code civil.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

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. ». Il se dégage de cette définition que le cautionnement est subordonné à une condition à savoir, la validité d'une obligation principale⁽⁴⁶⁸⁾ qui est en fait la raison d'être du cautionnement. Dès lors, tout vice qui affecte indirectement ou directement l'obligation principale affecte instantanément le cautionnement et peut même entraîner la nullité de celui-ci⁽⁴⁶⁹⁾. Ainsi, la caution, même qualifiée de solidaire, peut opposer au bénéficiaire de l'obligation principale toutes les exceptions et moyens de défense que peut opposer le débiteur principal au bénéficiaire⁽⁴⁷⁰⁾. S'il en était autrement et que la caution renonçait aux bénéfices de ces exceptions, la caution s'engagerait à des conditions plus onéreuses que le débiteur, ce qui est interdit aux termes de l'article 2341 Code civil⁽⁴⁷¹⁾ :

« (l)e cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté à des conditions plus onéreuses.

Le cautionnement qui ne respecte pas cette exigence n'est pas nul pour autant; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale. ».

Il en est tout autre pour l'institution financière émettrice d'une Lettre de Crédit qui ne peut utiliser les exceptions inhérentes à l'obligation principale pour refuser de payer et ce, en raison de l'autonomie de la Lettre de Crédit par rapport au Contrat Commercial.

Il se dégage également de la définition du cautionnement une distinction entre l'obligation de paiement de la caution et celle de l'institution financière négociatrice d'une Lettre de Crédit. Alors que l'institution financière négociatrice d'une Lettre de Crédit a l'obligation de payer le bénéficiaire suite à une Présentation Conforme dans

⁽⁴⁶⁸⁾ Article 2340 Code civil.

⁽⁴⁶⁹⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, t. 308, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA, 1998, p. 140.

⁽⁴⁷⁰⁾ Article 2353 Code civil.

⁽⁴⁷¹⁾ André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 60.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

les délais requis, la caution a une obligation subsidiaire de paiement en ce qu'elle se verra obligée de payer que si le débiteur principal ne paie pas. Le principe étant que « (l)a caution n'est tenue de satisfaire à l'obligation du débiteur qu'à défaut par celui-ci de l'exécuter. »⁽⁴⁷²⁾. C'est ce que nous nommons le bénéfice de discussion⁽⁴⁷³⁾. Les auteurs L'Heureux, Fortin et Lacoursière résumant l'obligation subsidiaire de paiement de la caution en mentionnant : « (p)our la banque, il n'y a pas a priori sortie de fonds, mais un risque éventuel comme pour tout autre type de crédit. »⁽⁴⁷⁴⁾. Toutefois, notons qu'une caution peut renoncer d'avance à se prévaloir du bénéfice de discussion : « (l)a caution conventionnelle ou légale jouit du bénéfice de discussion, à moins qu'elle n'y renonce expressément. »⁽⁴⁷⁵⁾. La renonciation au bénéfice de discussion n'empêche pas le créancier de demander le paiement au débiteur principal en premier lieu ; le créancier ayant désormais le choix de demander paiement au débiteur principal ou à la caution. Par ailleurs, contrairement à la Lettre de Crédit dont l'exécution ne se fait que par le paiement d'une somme monétaire, le cautionnement peut s'exécuter soit par le paiement d'une somme monétaire ou soit par l'exécution d'obligations de toutes sortes.

En prenant en considération toutes les exceptions et moyens de défense qu'une caution peut soulever pour justifier l'inexécution de ses engagements aux termes du cautionnement, il va de soi que l'automatisme du cautionnement est remise en question. Dans certaines circonstances, une partie privilégiera le cautionnement à la Lettre de Crédit considérant que le cautionnement peut être consenti par toute personne physique et morale alors que la Lettre de Crédit ne peut être émise que par les institutions financières autorisées. L'avantage étant que l'obtention d'un cautionnement par une partie autre que son institution financière permet au donneur d'ordre de diversifier ses moyens de financement lui permettant ainsi d'obtenir des

⁽⁴⁷²⁾ Article 2346 Code civil.

⁽⁴⁷³⁾ Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 508.

⁽⁴⁷⁴⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 273.

⁽⁴⁷⁵⁾ Article 2347 Code civil. Aux termes de l'article 2352 Code civil, la solidarité emporte renonciation au bénéfice de discussion.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

facilités de crédit plus diversifiées et d'un montant plus important de son institution financière.

De par ces distinctions entre la Lettre de Crédit et le cautionnement, il va de soi que le lien juridique entre l'institution financière et le bénéficiaire d'une Lettre de Crédit ne peut s'expliquer par les principes du cautionnement.

2.3.2.2.2 La théorie du mandat.

D'autres comparent le lien juridique entre l'institution financière émettrice et le donneur d'ordre d'une Lettre de Crédit à un mandat en vertu duquel l'institution financière émettrice, agissant à titre de mandataire du donneur d'ordre, le mandant, doit s'acquitter de l'obligation de ce dernier envers le bénéficiaire aux termes du Contrat Commercial⁽⁴⁷⁶⁾. Avec respect pour ces auteurs, bien que le lien juridique entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire partage certaines caractéristiques avec la théorie du mandat, nous ne pouvons soutenir cette position pour les raisons ci-dessous exposées⁽⁴⁷⁷⁾.

Le mandat est défini à l'article 2130 Code civil comme étant « (l)e contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer. »⁽⁴⁷⁸⁾. Un mandat

⁽⁴⁷⁶⁾ Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 43-47 ; Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 5, alors qu'il dit qu'il ne s'agit pas d'un mandat à la page 8 ; An OELOFSE, *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997, p. 112.

⁽⁴⁷⁷⁾ Ces auteurs sont du même avis : Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 18 ; André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 53 ; E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 37.

⁽⁴⁷⁸⁾ Article 2130 Code civil ; Yves POULLET, Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, *Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*,

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

peut être soit limité à une affaire particulière du mandant ou soit général pour toutes les affaires du mandant⁽⁴⁷⁹⁾. Considérant que le rôle de l'institution financière émettrice est limité à l'émission de la Lettre de Crédit et au paiement du bénéficiaire suite à une Présentation Conforme dans les délais requis⁽⁴⁸⁰⁾, il va de soi que le rôle de l'institution financière émettrice s'apparente davantage à un mandat limité⁽⁴⁸¹⁾. De plus, dans le cadre d'un mandat, l'acceptation du mandat est expresse ou tacite. Elle est tacite lorsqu'elle s'induit des actes et même du silence du mandataire⁽⁴⁸²⁾. Comme l'institution financière émettrice doit être expressément désignée dans la Lettre de Crédit, car c'est elle qui l'émet, l'acceptation de cette dernière est obligatoirement expresse. Le mandat peut être à titre gratuit ou à titre onéreux⁽⁴⁸³⁾. Dans le cadre d'une Lettre de Crédit, l'institution financière émettrice exige d'importantes commissions pour émettre une Lettre de Crédit et si la Lettre de Crédit sert également à titre de facilité de crédit, c'est-à-dire si l'institution financière émettrice ouvre un crédit d'opération au donneur d'ordre, des frais et des intérêts supplémentaires seront exigés. Ainsi, la Lettre de Crédit peut s'apparenter à un mandat à titre onéreux. Bien qu'un mandat soit à priori révocable⁽⁴⁸⁴⁾, il peut, dans certaines occasions, être irrévocable lorsqu'il existe une stipulation explicite à cet effet. La Lettre de Crédit est de nature irrévocable⁽⁴⁸⁵⁾, mais peut, tel que précédemment expliqué, être révocable dans certaines circonstances particulières⁽⁴⁸⁶⁾. Il se dégage de cette comparaison que la Lettre de Crédit peut s'apparenter à un mandat limité, dont l'acceptation par l'institution financière

Colloque de Tours des 19 et 29 juin 1980, Paris, Éditions du Moniteur, p. 22 en parlant des garanties indépendantes.

⁽⁴⁷⁹⁾ Article 2135 Code civil.

⁽⁴⁸⁰⁾ Un donneur d'ordre peut renoncer à une Présentation Conforme. Article 16 (b) RUU600.

⁽⁴⁸¹⁾ Article 2 RUU600 - définition de « banque émettrice » ; article 7 RUU600.

⁽⁴⁸²⁾ Article 2132 Code civil ; Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 260.

⁽⁴⁸³⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, t. 308, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 131 ; articles 2133 et 2134 Code civil.

⁽⁴⁸⁴⁾ Article 2177 Code civil.

⁽⁴⁸⁵⁾ Article 2 RUU600 - Définition de « crédit ».

⁽⁴⁸⁶⁾ Bien que les RUU indiquent que le Crédit doit être irrévocable, en vertu de certains droits nationaux, un crédit documentaire est de nature révocable.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

émettrice est expresse, à titre onéreux et irrévocable dans la majorité des cas. Mais là s'arrêtent les similitudes entre la théorie du mandat et la Lettre de Crédit.

L'élément clé du mandat provient du fait que le mandataire est le représentant du mandant face aux tiers⁽⁴⁸⁷⁾. De cette « représentation » découle que le mandataire « (...) est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence. Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur du mandat (...) »⁽⁴⁸⁸⁾ et « (...) dans les limites de son mandat, s'oblige au nom et pour le compte du mandant, n'est pas personnellement tenu envers le tiers avec qui il contracte. »⁽⁴⁸⁹⁾. C'est cet élément de « représentation » qui va à l'encontre des principes de stricte conformité et de double autonomie de la Lettre de Crédit. Dans le cadre d'une Lettre de Crédit, l'institution financière a l'obligation irrévocable de payer le bénéficiaire suivant une Présentation Conforme dans les délais requis. Ainsi, l'institution financière s'engage personnellement envers le bénéficiaire, d'où la création d'un lien juridique entre l'institution financière et le bénéficiaire et ne doit donc pas agir dans le « meilleur intérêt » du donneur d'ordre comme doit le faire le mandataire envers le mandant⁽⁴⁹⁰⁾. De plus, comme le paiement de la Lettre de Crédit est uniquement conditionnel à une Présentation Conforme, l'institution financière émettrice d'une Lettre de Crédit irrévocable ne peut utiliser les défenses d'inexécution communes aux obligations pour mettre fin à son engagement comme pourrait le faire le mandataire, car ceci irait à l'encontre des principes de stricte conformité et de double autonomie de la Lettre de Crédit.

Par ailleurs, il se dégage du principe de l'autonomie de l'engagement de l'institution financière dans le cadre d'une Lettre de Crédit que l'obligation de cette dernière doit

⁽⁴⁸⁷⁾ Article 2130 Code civil.

⁽⁴⁸⁸⁾ Article 2139 Code civil.

⁽⁴⁸⁹⁾ Article 2157 (1) Code civil.

⁽⁴⁹⁰⁾ Article 2138 Code civil ; Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, t. 308, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 133.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

se borner exclusivement à un examen raisonnable⁽⁴⁹¹⁾ de l'apparence de conformité des documents représentant les marchandises et ne doit pas s'immiscer dans la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire⁽⁴⁹²⁾. L'objectivité à laquelle l'institution financière émettrice doit se conformer va à l'encontre de la théorie du mandat où le mandataire doit « agir avec prudence et diligence » et « agir dans les meilleurs intérêts du mandat ».

Citons quelques articles applicables à la théorie du mandat pour démontrer que le mandataire peut renoncer à exécuter son obligation, ce qui va à l'encontre des principes fondamentaux de la Lettre de Crédit irrévocable :

« Outre les causes d'inexécution communes aux obligations, le mandat prend fin par la révocation qu'en fait le mandant, par la renonciation du mandataire ou par l'extinction du pouvoir qui lui a été donné, ou encore par le décès de l'une ou l'autre des parties. Il prend aussi fin par la faillite (...). »⁽⁴⁹³⁾ ;

« Le mandataire peut renoncer au mandat qu'il a accepté, en notifiant sa renonciation au mandant. Il a alors droit, si le mandat était donné à titre onéreux, à la rémunération qu'il a gagnée jusqu'au jour de sa renonciation. Toutefois, il est tenu de réparer le préjudice causé au mandant par la renonciation faite sans motif sérieux et à contretemps. »⁽⁴⁹⁴⁾ ;

« Le mandant peut, pour une durée déterminée ou pour s'assurer l'exécution d'une obligation particulière, renoncer à son droit de révoquer unilatéralement le mandat. Le mandataire peut, de la même façon, s'engager à ne pas exercer le droit qu'il a de renoncer. La révocation unilatérale ou la renonciation faite, selon le cas, par le mandant ou le mandataire malgré son engagement met fin au mandat. »⁽⁴⁹⁵⁾.

⁽⁴⁹¹⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 39.

⁽⁴⁹²⁾ *Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp.* 31 N.Y. S. 2d 633 (S.C. 1941).

⁽⁴⁹³⁾ Article 2175 Code civil.

⁽⁴⁹⁴⁾ Article 2178 Code civil.

⁽⁴⁹⁵⁾ Article 2179 Code civil.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

La Lettre de Crédit diffère également de la théorie du mandat quant à la nature de l'obligation de paiement. L'obligation de paiement de l'institution financière émettrice suite à une Présentation Conforme s'assimile à une obligation dite de résultat, dont seule la force majeure⁽⁴⁹⁶⁾ est un motif d'exonération alors que le mandataire quant à lui n'a qu'une obligation de moyen étant entendu qu'il doit « *dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence* »⁽⁴⁹⁷⁾. L'obligation de l'institution financière émettrice de payer le bénéficiaire suite à une Présentation Conforme est entière en ce que l'institution financière a l'obligation de payer la totalité du montant de la Lettre de Crédit. L'institution financière émettrice ne peut pas comme le mandataire pourrait le faire « (...) *déduire, des sommes qu'il doit remettre, ce que le mandant lui doit en raison du mandat. Il peut retenir, jusqu'au paiement des sommes qui lui sont dues, ce qui lui a été confié par le mandant pour l'exécution du mandat.* »⁽⁴⁹⁸⁾.

Une autre raison pour laquelle la théorie du mandat ne peut s'appliquer à la Lettre de Crédit c'est qu'elle contrevient à son principe d'incessibilité. Ce principe d'incessibilité s'explique par la nature du caractère *intuitu personae* caractérisant l'engagement de l'institution financière émettrice envers le bénéficiaire désigné. Comme nous l'avons précédemment mentionné, cette incessibilité s'applique également au niveau de l'institution financière émettrice de la Lettre de Crédit. Une institution financière émettrice ne pourrait pas se faire substituer dans ses droits et obligations aux termes de la Lettre de Crédit sans avoir obtenu le consentement préalable du bénéficiaire étant entendu que le bénéficiaire a accepté de se faire payer par une Lettre de Crédit, car l'engagement provenait d'une institution financière émettrice spécifique⁽⁴⁹⁹⁾. Il en est tout autre dans le cadre d'une relation

⁽⁴⁹⁶⁾ Article 36 RUJ600.

⁽⁴⁹⁷⁾ Article 2139 Code civil ; dans Nicolas DE GOTTRAU, *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 43, l'auteur indique que la banque émettrice n'a qu'un simple devoir de diligence. Avec respect pour cet auteur, nous ne pouvons soutenir sa position.

⁽⁴⁹⁸⁾ Article 2185 Code civil.

⁽⁴⁹⁹⁾ Henry LESGUILLONS, *Contrats internationaux*, t. 6, Nanterre, Lamy, 2006, p 9.82.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

de mandat où la seule exigence, pour qu'il y ait une substitution de mandataire, est le consentement du mandant⁽⁵⁰⁰⁾ et non de la tierce partie, soit le bénéficiaire.

La Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Blasser Brothers Inc., S.A. c. Royal Bank of Canada*, réitère que la théorie du mandat ne peut s'appliquer à la Lettre de Crédit considérant que les obligations personnelles imposées aux parties à une Lettre de Crédit sont différentes de celles imposées aux parties d'un mandat :

« (d)ans une lettre de crédit, la banque émettrice et la banque confirmante ont des obligations personnelles. Elles déboursent des fonds pour s'acquitter de leurs propres obligations, contrairement au cas du mandataire qui débourse au nom de son mandant et qui n'est pas « propriétaire » des fonds qu'il reçoit du mandant. (...) Les règles du mandat prévues au Code civil du Québec ne peuvent être transposées parce qu'elles ne sont pas toutes compatibles avec les obligations personnelles imposées aux parties à une lettre de crédit. »⁽⁵⁰¹⁾.

L'autonomie de la Lettre de Crédit fait en sorte qu'il est impossible de l'assimiler à la théorie du mandat qui implique une obligation *intuitu personae*⁽⁵⁰²⁾. Nous croyons qu'établir un parallèle entre une Lettre de Crédit et la théorie du mandat est de nature à compromettre l'efficacité de la Lettre de Crédit à titre d'instrument de paiement international fiable et sécuritaire ; l'engagement de l'institution financière serait alors réduit à celui d'un simple mandataire et, de ce fait, le principe de l'autonomie serait contredit.

2.3.2.2.3 La délégation de paiement.

La désignation par le débiteur d'une personne qui paiera à sa place ne constitue une délégation de paiement que si le délégué s'oblige personnellement au paiement

⁽⁵⁰⁰⁾ Article 2140 Code civil.

⁽⁵⁰¹⁾ [2002] R.J.Q. 2307 (C.A.).

⁽⁵⁰²⁾ Mora COSTA LIGIA, *Le crédit documentaire étude comparative*, t. 308, Bibliothèque de droit privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998, p. 136 ; Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 95.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

envers le créancier délégataire ; autrement, elle ne constitue qu'une simple indication de paiement⁽⁵⁰³⁾. La délégation de paiement peut se définir comme étant une opération juridique par laquelle une personne, le délégant, invite une autre personne, le délégataire, à accepter à titre de débiteur une troisième personne, le délégué, qui consent à s'engager envers elle. La Lettre de Crédit s'apparente à la délégation de paiement en ce que « (d)ans le crédit documentaire irrévocable l'acheteur, le délégant, demande à son banquier, le délégué, de prendre la position de débiteur vis-à-vis du bénéficiaire du crédit délégataire. »⁽⁵⁰⁴⁾. Mais pouvons-nous dire que la Lettre de Crédit équivaut à une sorte de délégation de paiement ? Nous sommes d'avis que non⁽⁵⁰⁵⁾.

Il nous apparaît important de souligner que la doctrine québécoise fait une distinction entre la délégation de paiement dite « parfaite » et la délégation de paiement dite « imparfaite » alors qu'une telle distinction n'est pas expressément faite dans le Code civil. Traditionnellement, la délégation de paiement parfaite était associée à la novation⁽⁵⁰⁶⁾. Un auteur prétend qu'il faut examiner avec un œil critique la conception historique de la délégation de paiement et y substituer une conception fondée sur la notion de cession de dette⁽⁵⁰⁷⁾. Jobin écrit à ce sujet :

« (s)elon cette conception, la délégation -même parfaite- serait entièrement autonome par rapport à la novation. Le délégué s'engagerait à l'exécution de

⁽⁵⁰³⁾ Article 1667 Code civil ; Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1034.

⁽⁵⁰⁴⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 33.

⁽⁵⁰⁵⁾ Ces auteurs sont du même avis : Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 18 ; E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p.51 ; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 95 ; Marc LACOURSIÈRE et Steven P. JEFFERY, *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada-Section civile, Rapport d'avant mise en œuvre, Toronto et Québec, mars 2006, p. 7.

⁽⁵⁰⁶⁾ André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 73.

⁽⁵⁰⁷⁾ Michèle CUMYN, « La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette ? », (2002) 43 *C. de D.* 601, 609-619.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

la dette même du délégant à l'endroit du créancier-délégataire, lequel profiterait en retour des accessoires liés à l'obligation initiale. Le consentement du créancier-délégataire, nécessaire pour libérer le délégant dans la délégation parfaite, ne le serait pas en revanche dans la délégation imparfaite. »⁽⁵⁰⁸⁾

Nous sommes en accord avec cette position. La délégation de paiement n'équivaut pas à une novation puisque ces concepts ont leurs propres particularités et *a fortiori* parce que le législateur québécois a pris soin de distinguer la novation par changement de débiteur de la délégation de paiement ; ces deux mécanismes font l'objet de sections différentes dans le Code civil. Sans nous entretenir davantage sur le sujet, soulignons qu'autant la délégation parfaite que celle imparfaite ne peut être assimilée à la Lettre de Crédit considérant qu'elle contrevient au principe fondamental de cette dernière, à savoir sa double autonomie. Reste que le concept de délégation de paiement parfaite se rapproche plus de la Lettre de Crédit que le concept de la délégation imparfaite⁽⁵⁰⁹⁾. Le degré d'autonomie du Contrat Commercial face à l'obligation de paiement diffère pour la délégation parfaite, pour la délégation imparfaite ainsi que pour la novation. Dans le cas de la délégation de paiement dite « imparfaite », le délégué peut opposer au délégataire tous les moyens que le délégant aurait pu faire valoir contre le délégataire sauf la compensation⁽⁵¹⁰⁾ et le créancier délégataire, s'il accepte la délégation, conserve ses droits contre le débiteur délégant. Dans le cas de la délégation de paiement dite « parfaite », le créancier reconnaît que le débiteur principal est relâché de ses

⁽⁵⁰⁸⁾ Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1029. Nous portons à l'attention du lecteur que l'édition antérieure de cet ouvrage indiquait que la délégation parfaite emportait novation.

⁽⁵⁰⁹⁾ Bégin est d'avis que la Lettre de Crédit peut s'expliquer par la délégation imparfaite du droit français. Il admet toutefois qu'en droit québécois l'opposabilité des exceptions et plus particulièrement son caractère abstrait ne permet pas d'assimiler complètement la Lettre de Crédit à la délégation imparfaite. À ce sujet, voir André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 90-91-256 ; voir sur le sujet E.P. ELLIGER, *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970, p. 59-62.

⁽⁵¹⁰⁾ Article 1670 Code civil.

obligations, mais il n'y a pas extinction de la dette pour autant. Dans la conception traditionnelle, ce type de délégation s'apparente à une novation par changement de débiteur⁽⁵¹¹⁾. Toutefois, ces concepts sont à distinguer puisque, dans le cas de la novation, le créancier a accepté de libérer le débiteur original et d'éteindre l'obligation les reliant. Jobin ajoute, concernant la distinction entre la novation par changement de débiteur et la délégation de paiement :

« (l)a distinction devient nécessaire, au contraire, dès lors que l'on adopte la conception nouvelle et que la délégation de paiement est envisagée sous l'angle de la cession de dette. Ceci ne revient pas à éliminer la novation par changement de débiteur, mais plutôt à en faire un mode distinct de transmission et de mutations de l'obligation offerte aux parties qui souhaitent procéder à une substitution de débiteur. »⁽⁵¹²⁾.

Dans le cas de la novation, la nullité de l'obligation d'origine peut être invoquée pour annuler la nouvelle obligation :

« (l)orsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, le nouveau débiteur ne peut opposer au créancier les moyens qu'il pouvait faire valoir contre l'ancien débiteur, ni ceux que l'ancien débiteur avait contre le créancier, à moins, dans ce dernier cas, qu'il puisse invoquer la nullité de l'acte qui les liait. »⁽⁵¹³⁾.

Lorsque le créancier invoque la nullité de l'obligation principale, il fait revivre celle-ci, ce qui contrevient au principe d'autonomie de la Lettre de Crédit. Effectivement, dans le cadre d'une Lettre de Crédit, « (l)'engagement de la banque envers l'exportateur est irrévocable, -appelé crédit irrévocable-, à moins de stipulation contraire. Cependant, il n'opère pas novation; il se superpose à l'obligation de

⁽⁵¹¹⁾ Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1031.

⁽⁵¹²⁾ Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1031.

⁽⁵¹³⁾ Article 1663(1) Code civil.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

l'importateur. »⁽⁵¹⁴⁾ et ce, notamment parce que la Lettre de Crédit est autonome face au Contrat Commercial. De par les raisons ci-dessus exposées, nous croyons qu'il est incongru que d'assimiler la Lettre de Crédit au concept de la délégation de paiement.

2.3.2.2.4 La stipulation pour autrui.

D'autres assimilent le lien juridique entre le donneur d'ordre et l'institution financière émettrice à la stipulation pour autrui : « *(i)t is submitted, therefore, that the documentary credit transaction can be treated as a "stipulation pour autrui" in the Province of Québec.* »⁽⁵¹⁵⁾.

Selon cette conception, le stipulant, soit le donneur d'ordre, et le promettant, soit l'institution financière émettrice, contracteraient une obligation aux termes de laquelle le stipulant promet qu'il exécutera l'obligation envers le tiers bénéficiaire⁽⁵¹⁶⁾. Dès lors, le tiers bénéficiaire aurait le droit d'exiger directement du promettant l'exécution de l'obligation⁽⁵¹⁷⁾. Il s'ensuit qu'il y a création d'un lien juridique entre le promettant et le tiers bénéficiaire, mais ce lien n'est pas identique à celui entre l'institution financière émettrice et le bénéficiaire étant donné que le bénéficiaire n'a pas de garantie à l'effet que le promettant exécutera son obligation. Ceci découle du fait que le promettant s'est engagé non envers le bénéficiaire mais envers le stipulant : « *(l)e promettant peut opposer au tiers bénéficiaire les moyens qu'il aurait pu faire valoir contre le stipulant.* »⁽⁵¹⁸⁾. Ainsi, le principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit ne peut s'appliquer à la stipulation pour autrui. L'auteur André Boudinot explique la conséquence d'assimiler la Lettre de Crédit à la théorie de la stipulation

⁽⁵¹⁴⁾ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 277.

⁽⁵¹⁵⁾ Christopher S. AXWORTH, *The Documentary Credit Transaction and the Jus Quaesitum Tertio*, Thèse de maîtrise, Université McGill, juillet 1971, p. 375 ; voir également P. MARAIS, *Des ouvertures en Banque de Crédits confirmés et non confirmés*, Paris, 1925, p. 10.

⁽⁵¹⁶⁾ Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 499.

⁽⁵¹⁷⁾ Article 1444 Code civil.

⁽⁵¹⁸⁾ Article 1450 Code civil.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

pour autrui en mentionnant : (I) *a stipulation pour autrui, plus séduisante, doit cependant être écartée car elle priverait le vendeur de sa liberté d'action dans le cas où stipulant et promettant ne respecteraient pas leurs obligations réciproques.* »⁽⁵¹⁹⁾. Notons qu'il faut quatre conditions pour que la stipulation pour autrui soit valable : la validité du contrat, l'intérêt du stipulant, un bénéficiaire existant et déterminable et l'acceptation de la stipulation par le tiers bénéficiaire⁽⁵²⁰⁾. La stipulation pour autrui ne faisant pas l'objet de la présente thèse, nous n'allons pas nous attarder sur les caractéristiques de la stipulation pour autrui, mais nous réitérons tout de même nos remarques quant à l'obligation valable que nous retrouvons pour le cautionnement. La stipulation pour autrui contrevenant au principe de l'autonomie de la Lettre de Crédit, nous ne pouvons nous servir de ce concept pour expliquer le lien juridique entre l'institution financière émettrice et le donneur d'ordre d'une Lettre de Crédit⁽⁵²¹⁾.

2.3.2.3 Conclusion.

Certes, la primauté de la loi dans les systèmes civilistes fait en sorte qu'il est difficile d'établir la nature juridique de la Lettre de Crédit par des concepts nationaux. La Lettre de Crédit est et doit se voir comme une institution indépendante qui ne doit pas être interprétée en la comparant aux autres types de crédit documentaire ou être expliquée par des mécanismes juridiques qui lui sont étrangers. La Standby et la Garantie Indépendante sont nettement différentes de la Lettre de Crédit de part leur finalité, leur structure juridique et leur réglementation. Examinant les concepts du cautionnement, du mandat, de la délégation de paiement et de la stipulation pour autrui, il est possible d'identifier quelques éléments qui les rapprochent de la Lettre de Crédit, mais aucun de ceux-ci ne recouvre à la fois les principes fondamentaux et

⁽⁵¹⁹⁾ André BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979, p. 33.

⁽⁵²⁰⁾ Pierre-Gabriel JOBIN en collaboration avec Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 501 à 504.

⁽⁵²¹⁾ Ces auteurs sont du même avis : Eric A. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992, p. 18 ; André BÉGIN, *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985, p. 70 ; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 93.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

la triple finalité de la Lettre de Crédit. Étant unique en son genre, la Lettre de Crédit est vouée à ses propres règles et à son propre mode de fonctionnement⁽⁵²²⁾, faire autrement ne peut que dénaturer cet instrument de ses attributs essentiels.

⁽⁵²²⁾ Raymond JACK, Ali MALEK et David QUEST, *Documentary Credits*, 3rd ed., London, Butterworths, 2001, p. 8; Frans P. DE ROOY, *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. VI-Preface.

3. CONCLUSION

À la question de savoir si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit désuète ou incomprise, nous répondrons, sans hésitation, que la Lettre de Crédit n'est certainement pas désuète. Au contraire, les RUU, fruit des pratiques et usances commerciales, ont, grâce à leur caractère non étatique et leur malléabilité, permis à la Lettre de Crédit de répondre, au cours des années, aux besoins sans cesse croissants résultant de l'évolution du commerce international. Il n'est d'ailleurs pas étonnant qu'il en soit ainsi, puisque les RUU sont le compromis entre les systèmes juridiques de droit civil prônant le droit codifié et ceux de « *Common law* » prônant le droit jurisprudentiel en ce qu'elles sont la codification des règles et usances internationales relatives aux crédits documentaires par un organisme privé n'ayant aucune autorité sur les droits nationaux des pays qui ont pourtant adhéré à ces règles.

Mais cette malléabilité quasi-absolue n'est pas sans conséquence. Bien que ce soit la malléabilité des RUU qui a fait de la Lettre de Crédit une coutume obligatoire par l'adhésion de pays de différents systèmes juridiques à un code de règles et usances uniformes, c'est également sa malléabilité qui enfreint son uniformité internationale en contribuant à la perte de son degré d'application généralisé et son consensus international.

Jadis règles de *lex mercatoria*, l'évolution du commerce international et les mesures protectionnistes et nationalistes des pays qui s'accroissent en période de crise économique ont renforcé la malléabilité de ces règles en leur conférant un statut doublement discrétionnaire. Non seulement leur application est en soi purement contractuelle depuis 1983, mais aussi les dispositions des RUU peuvent être modulées ou tout simplement exclues nonobstant l'application des RUU. Mais en quoi ce statut doublement discrétionnaire s'avérerait-il nécessaire ?

Étant rédigées en termes généraux, les RUU peuvent s'appliquer à une multitude d'instruments présentement existants ou qui seront ultérieurement créés. Dès lors, ces règles sont souvent inadaptées et imprécises pour s'appliquer à un instrument

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

particulier ayant ses propres attributs et principes fondamentaux, tel que la Lettre de Crédit. Les droits nationaux sont bien souvent la seule réponse au vide juridique créé par les RUU, puisque malheureusement la CCI ne semble pas vouloir se prononcer sur certaines questions controversées relatives à l'application et l'interprétation des RUU à la Lettre de Crédit de peur de s'ingérer dans le champ de compétence des pays qui ont pourtant adhéré aux RUU. Reste que même si les RUU avaient été rédigées spécifiquement pour l'application de la Lettre de Crédit, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile d'importer un instrument international dans un système juridique national alors que les principes fondamentaux dudit instrument sont bien souvent inexplicables par des concepts nationaux. La Lettre de Crédit est, et doit se voir, comme un instrument unique ayant ses propres attributs et principes fondamentaux et ne doit pas être interprétée en la comparant aux autres types de crédit documentaire ou être expliquée par des mécanismes juridiques qui lui sont étrangers. Faire fi de cela ne peut que dénaturer la Lettre de Crédit et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le monde des crédits documentaires est un monde où règne confusion autant dans la doctrine que dans la jurisprudence⁽⁵²³⁾. Cette confusion est la conséquence directe de leur incompréhension, mais cette incompréhension n'est-elle pas également la conséquence directe de cette confusion?

Pour parvenir à appréhender les aspects théoriques de la Lettre de Crédit, tout juriste devra prendre conscience que bien que cet instrument soit un instrument international, doté de règles internationales, son application et son interprétation se font nationalement. Méconnaître cela ne peut mener qu'à des avis divergents et contradictoires quant aux aspects purement théoriques relatifs à la Lettre de Crédit. Mais ce n'est pas tout. Les RUU doivent se confronter à la réglementation nationale des divers systèmes de droit dont seuls les états possèdent un droit de veto pour décider quelles règles auront préséance dans leur territoire. Dès lors, la doctrine internationale sur la Lettre de Crédit est calquée par la réglementation nationale des

⁽⁵²³⁾ Marc LACOURSIÈRE et Steven P. JEFFERY, *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada-Section civile, Rapport d'avant mise en œuvre, Toronto et Québec, mars 2006, p. 5.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

divers systèmes de droit ; soit les RUU sont appliquées, interprétées et complétées nationalement ou, soit ce sont les règles nationales qui ont préséance sur les RUU. Malheureusement, certains auteurs n'ont pas compris cela et leur thèse regroupant les théories d'auteurs venant des quatre coins du monde ne fait qu'accroître l'incompréhension de la Lettre de Crédit au lieu de la démystifier. Il n'est donc pas surprenant de constater que cette doctrine qui influence les juges dans leurs décisions ne peut mener qu'à des jugements divergents et empreints de confusion quant aux aspects purement théoriques de la Lettre de Crédit.

Mais, dire d'un instrument international qu'il n'est pas désuet ne veut pas dire qu'il s'agit d'un succès. Le succès international d'un instrument de paiement ne peut dépendre que de l'existence de règles spécifiques le légiférant qui bénéficient d'une compréhension commune et d'une application uniforme au niveau international, puisqu'il est utopique de croire en un droit jurisprudentiel mondial. Or, les RUU, en raison de leur malléabilité quasi-absolue, ne pourront jamais parvenir à une telle compréhension commune et application uniforme au niveau international. Effectivement, il est utopique de croire en un système juridique international autonome et dans le commerce international, un instrument de paiement ne peut inspirer confiance que si son bénéficiaire est certain de son application. Incontestablement, les différents droits nationaux relatifs à la Lettre de Crédit affaiblissent cette certitude lorsque la Lettre de Crédit est utilisée à titre d'instrument international.

D'un autre côté, quelle est la véritable conséquence de l'incompréhension de la Lettre de Crédit ? En effet, nonobstant son incompréhension, il ressort des réponses obtenues au Questionnaire que la Lettre de Crédit demeure un instrument bancaire omniprésent dans le commerce international. Dès lors, est-ce que la question de savoir si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit désuète et incomprise est un pur débat théorique ou devons-nous réellement revoir la réglementation de la Lettre de Crédit ?

4. ANNEXES

ANNEXE A -

Questionnaire :

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète ou incomprise ?

Titre de la recherche : La Lettre de Crédit commerciale : facilité de crédit désuète ou incomprise ?

Chercheur : Marie-France Béland, étudiante à la maîtrise en droit des affaires, Faculté de droit, Université de Montréal.

Directeur de recherche : Stéphane Rousseau, professeur agrégé et titulaire de la Chaire en droit des affaires et du commerce international, Faculté de droit, Université de Montréal.

A) RENSEIGNEMENTS AUX PARTICIPANTS

1. Objectifs de la recherche

La présente recherche a pour objectif de répondre au niveau pratique, à la question faisant l'objet d'une thèse : La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète ou incomprise ?

2. Participation à la recherche

Votre participation à la présente recherche consiste à répondre au questionnaire écrit ci-joint relatif à l'utilisation et à la compréhension des lettres de crédit lors d'une transaction commerciale.

La durée estimée pour répondre audit questionnaire écrit est de quinze minutes.

3. Confidentialité, diffusion ou anonymat des informations

Les données recueillies ne seront pas confidentielles bien qu'elles seront analysées et interprétées sous l'anonymat. De la sorte, aucune information mentionnée dans la thèse sera de nature à identifier le participant au questionnaire écrit ou l'entreprise/l'organisme pour lequel le participant travaille ou a déjà travaillé.

Les données recueillies aux termes du questionnaire écrit seront conservées par le chercheur durant une période de sept ans et seul le chercheur et son directeur de recherche auront accès aux données.

4. Diffusion des résultats

Les données recueillies aux termes du questionnaire écrit seront analysées pour compléter une thèse de maîtrise. Le chercheur se réserve toutefois la possibilité de participer à des conférences sur le sujet et/ou publier sa thèse de maîtrise. Le chercheur se réserve également la possibilité d'utiliser les données recueillies dans l'éventualité où il décide de poursuivre ses études au doctorat.

5. Avantages et inconvénients

En participant à cette recherche, vous pourrez contribuer à l'avancement des connaissances sur les lettres de crédit et ce, sans courir de risques ou d'inconvénients particuliers.

6. Droit de retrait

Votre participation est entièrement volontaire. Vous êtes libre de vous retirer en tout temps, sur simple avis verbal, sans préjudice et sans devoir justifier votre décision. Si vous décidez de vous retirer de la recherche, vous pouvez communiquer avec le chercheur, au numéro de téléphone indiqué à la dernière page de ce document. Si vous vous retirez de la recherche, les données qui auront été recueillies avant votre retrait seront détruites.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

7. Indemnité

Aucune compensation financière ne sera versée pour votre participation à la présente recherche.

B) CONSENTEMENT

Je déclare avoir pris connaissance des informations ci-dessus, avoir obtenu les réponses à mes questions sur ma participation à la recherche et comprendre le but, la nature, les avantages, les risques et les inconvénients de cette recherche.

Après réflexion et un délai raisonnable, je consens librement à prendre part à cette recherche. Je sais que je peux me retirer en tout temps sans aucun préjudice, sur simple avis verbal et sans devoir justifier ma décision.

Signature : _____ Date : _____
Nom : _____ Prénom : _____

Je déclare avoir fourni toutes les informations concernant le but et la nature du projet et être disponible pour répondre à toute éventuelle question.

Signature du chercheur : _____ Date : 2 septembre 2008
Nom : BÉLAND Prénom : Marie-France

**COMITÉ PLURIFACULTAIRE D'ÉTHIQUE DE LA RECHERCHE (CPÉR)****CERTIFICAT D'ÉTHIQUE**

Le Comité plurifacultaire d'éthique de la recherche a examiné le projet de recherche intitulé :

« Les lettres de crédit: facilité de crédit désuète ou incomprise? »

Soumis par : **Marie-France Béland**
Directeur de recherche : **Stéphane Rousseau**

Le Comité a conclu que le projet respecte les normes de déontologie énoncées à la « Politique sur la recherche avec les êtres humains » de l'Université de Montréal.

Tout changement anticipé au protocole de recherche doit être communiqué au CPÉR qui devra en évaluer l'impact au chapitre de l'éthique afin de déterminer si une nouvelle demande de certificat d'éthique est nécessaire.

Toute interruption prématurée du projet ou tout incident grave devra être immédiatement signalé au CPÉR.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'François Bowen', written over a horizontal line.

François Bowen, Président
Comité plurifacultaire d'éthique de la recherche
Université de Montréal

25/08/2008 A handwritten date '25/08/2008' followed by a small signature or initials.

Date d'émission

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

I. QUESTIONS RELATIVES AU RÉPONDANT :

1. Pour quelle entreprise ou organisme (ci-après, la « **Compagnie** ») travaillez-vous présentement, quel est le type d'activités de cette Compagnie et quelle est votre fonction au sein de cette Compagnie ?
2. Où est situé le siège social de votre Compagnie ? Le cas échéant, où sont situées les places d'affaires de votre Compagnie ?
3. Est-ce que votre Compagnie fait affaires avec d'autres pays ? Dans l'affirmative, lesquels et pour quel type d'activités ?
4. Est-ce que votre Compagnie est membre de la Chambre de commerce internationale (CCI) ? Dans l'affirmative depuis quand et pour quelles raisons ?
5. Pour quelles autres Compagnies avez-vous déjà travaillé ? Quel était votre (vos) fonction(s) au sein de ces Compagnies ? Où étaient situés le siège social et les places d'affaires de ces Compagnies ?

II. PARTIE À COMPLÉTER SI VOUS TRAVAILLEZ POUR UNE INSTITUTION FINANCIÈRE OU UN ORGANISME ÉMETTANT DES LETTRES DE CRÉDIT.

***** Si votre Compagnie n'a pas le pouvoir d'émettre des Lettres de Crédit, veuillez poursuivre directement à la section III.**

Afin que le chercheur puisse analyser les formulaires standard des diverses institutions financières, auriez-vous l'amabilité de lui transmettre une copie de votre modèle standard de :

- lettre de crédit commerciale;
- lettre de garantie et/ou garantie indépendante; et
- lettre de crédit standby.

6. Est-ce que votre institution financière ou organisme (ci-après, « **Institution Financière** ») émet des Lettres de Crédit ? Dans l'affirmative, à quelle fréquence (annuellement) ?

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

7. Est-ce que votre Institution Financière émet des Lettres de Crédit révocables ? Dans l'affirmative, à quelle fréquence (annuellement) ?
8. Est-ce que votre Institution Financière émet des Lettres de crédit transférables ? Dans l'affirmative, à quelle fréquence (annuellement) ? À défaut, pourquoi ?
9. Est-ce que votre Institution Financière utilise souvent le mécanisme de la confirmation ou de la notification de la Lettre de Crédit ? Dans l'affirmative, à quelle fréquence (annuellement) ? Pour quelles raisons elle utilise ou n'utilise pas ces mécanismes ? Dans l'éventualité où votre Institution Financière utilise ces mécanismes, est-ce qu'elle agit à titre de banque émettrice, de banque notificatrice et/ou confirmatrice ?
10. Est-ce que votre Institution Financière impose un montant minimal et un montant maximal pour l'émission d'une Lettre de Crédit ? Dans l'affirmative, quels sont ces montants ? Quels sont les critères qui déterminent le montant ?
11. Est-ce que votre institution financière émet des Lettres de Crédit dont le montant n'est pas déterminé ? Dans l'affirmative, quels sont les facteurs qui permettent aux parties de déterminer le montant de la Lettre de Crédit lors du paiement de cette dernière ?
12. Dans quelle devise votre Institution Financière émet-elle des Lettres de Crédit ? En fonction de quoi la devise d'une Lettre de Crédit est-elle déterminée ?
13. Est-ce que votre Institution Financière émet des Lettres de Crédit ayant des conditions non documentaires pour le paiement ? Dans l'affirmative, comment votre Institution Financière évalue-t-elle ces conditions pour procéder au paiement ?
14. Est-ce que les Lettres de Crédit émises par votre Institution Financière

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

contiennent généralement une date d'entrée en vigueur, une date d'expiration et une date de présentation pour paiement ? Pour une période de combien de temps une Lettre de Crédit est émise et quels sont les facteurs qui font varier cette période ?

15. Est-ce qu'il y a toujours le logo de votre Institution Financière sur les Lettres de Crédit qu'elle émet ?
16. Quelles précautions votre Institution Financière prend-elle pour s'assurer que les documents sont conformes aux conditions mentionnées dans la Lettre de Crédit ?
17. Quels sont les facteurs qui font varier votre commission (frais) pour émettre une Lettre de Crédit ?

III. QUESTIONS RELATIVES À VOTRE UTILISATION DE LA LETTRE DE CRÉDIT :

18. Utilisez-vous ou avez-vous déjà utilisé les Lettres de Crédit ? Dans l'affirmative, à quelle fréquence (annuellement) ? Veuillez indiquer les raisons pour lesquelles vous utilisez ou n'utilisez pas les Lettres de Crédit.
19. Est-ce que vous utilisez les Lettres de Crédit pour des transactions nationales ou internationales ?
20. Dans quels types de transactions utilisez-vous les Lettres de Crédit ?
21. Est-ce que le pays et/ou le type d'activités de votre cocontractant a une incidence sur votre choix d'utiliser ou non une Lettre de Crédit ? Expliquer pourquoi ?
22. Selon vous, quels sont les avantages de la Lettre de Crédit ?
23. Selon vous, quels sont les désavantages/problématiques de la Lettre de Crédit ?

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

24. Avez-vous déjà eu des problèmes à obtenir le paiement d'une Lettre de Crédit ? Dans l'affirmative, quelles étaient les raisons ? Avec quels pays avez-vous le plus de difficulté à obtenir le paiement d'une Lettre de Crédit ?
25. À part la Lettre de Crédit, quels autres mécanismes de paiement utilisez-vous dans le cadre de vos transactions commerciales ?
26. À part la Lettre de Crédit, quelles autres mécanismes de sécurité (garantie) de paiement (exemples : les assurances et garanties de EDC), utilisez-vous dans vos transactions commerciales ?
27. Avez-vous déjà eu recours à l'arbitrage international ? Dans l'affirmative, dans quel(s) domaine(s) ?
28. Quels sont les impacts sur votre bilan financier suite à l'ouverture d'une Lettre de Crédit ?
29. Quelles sont vos réactions ou les réactions des cocontractants lorsqu'une Lettre de Crédit est demandée dans une transaction commerciale ?

IV. QUESTIONS RELATIVES À VOTRE CONNAISSANCE SUR LES CRÉDITS DOCUMENTAIRES :

Nous vous réitérons que ce questionnaire sera analysé et interprété sur une base anonyme. La présente section a pour but de déterminer si la Lettre de Crédit est une facilité de crédit incomprise. Pour ne pas fausser les résultats, nous vous demandons de répondre audit sondage **sans avoir recours à aucune aide.**

30. D'où proviennent vos connaissances sur la Lettre de Crédit (exemples : conférences, institutions financières, articles, ...) ?
31. Comment définissez-vous la Lettre de Crédit ?
32. Selon vous, y-a-t-il une distinction entre une Lettre de Crédit et un crédit documentaire ? Si oui, lesquelles ?
33. Selon vous, y a-t-il des différences entre une Lettre de Crédit, une lettre de

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

- garantie, une garantie indépendante et une lettre de crédit standby ? Si oui, lesquelles ?
34. Selon vous, quelles sont les mentions obligatoires pour qu'une Lettre de Crédit soit valide ?
35. Qui peut émettre une Lettre de Crédit ?
36. Est-ce qu'une Lettre de Crédit peut être émise à plusieurs bénéficiaires ? Pouvez-vous motiver votre réponse ?
37. Est-ce qu'une Lettre de Crédit peut être cédée ? Transférée ? Existe-t-il une différence entre la cession et le transfert d'une Lettre de Crédit ? Dans l'affirmative, quelle est cette différence ?
38. Quelle est la différence entre une Lettre de Crédit révocable et une Lettre de Crédit irrévocable ? Est-ce que ces deux types de Lettre de Crédit sont permis ? Dans l'affirmative, à défaut de prévoir une mention à l'effet que la Lettre de Crédit est soit révocable ou irrévocable, selon vous, la Lettre de Crédit sera présumée révocable ou irrévocable ?
39. Est-ce que vous (ou vos conseillers juridiques) avez déjà négocié certains termes et conditions d'un formulaire standard d'une Lettre de Crédit ? Dans l'affirmative, lesquels ?
40. Selon vous, quels sont les risques pour une banque d'émettre une Lettre de Crédit ?
41. Selon vous, quels sont les risques du vendeur/exportateur (bénéficiaire de la Lettre de Crédit) dans la mise en application d'une Lettre de Crédit ?
42. Selon vous, quels sont les risques de l'acheteur/importateur (donneur d'ordre) dans la mise en application d'une Lettre de Crédit ?
43. Selon vous, est-ce que la Lettre de Crédit est réglementée par la coutume,

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

par un code de règles ou une loi ? Est-ce que cette coutume, ce code de règles ou cette loi est nationale ou internationale ? Est-ce possible d'exclure ou de modifier certaines dispositions de cette coutume, de ce code de règles ou de cette loi ? Dans l'affirmative, comment ?

44. Selon vous, est-ce que le Canada a une réglementation nationale sur la Lettre de Crédit ? Et les autres pays ?
45. Selon vous, en cas de conflit sur l'application ou l'interprétation d'une Lettre de Crédit, le tribunal de quel pays pourra régler le conflit ? Celui de l'acheteur/importateur (donneur d'ordre) de la banque émettrice de la lettre de crédit commerciale ou celui du vendeur/exportateur (bénéficiaire) ou un tribunal international ?
46. Avez-vous déjà entendu parler des DOCDEX ? Si oui, comment les définissez-vous ?
47. Est-ce qu'un changement dans la situation de vendeur/exportateur (bénéficiaire), de l'acheteur/importateur (donneur ordre) et/ou de la banque qui procédera au paiement, tel que la faillite, mauvaise foi, fraude, etc., a une incidence sur le paiement de la Lettre de Crédit ? Dans l'affirmative, quels changements peuvent affecter le paiement de la Lettre de Crédit ?

V. COMMENTAIRES :

48. Selon-vous, la Lettre de Crédit est-elle une facilité de crédit désuète ou incomprise ? Pourquoi ?
49. Avez-vous d'autres commentaires à formuler relatifs aux Lettres de Crédit, leur utilisation et/ou leur application qui pourraient s'avérer utiles dans l'analyse des Lettres de Crédit ?

Je vous remercie pour votre participation au questionnaire.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Pour toute question relative à l'étude ou pour vous retirer du projet, vous pouvez communiquer avec Marie-France Béland au 514-392-9418 ou par courriel à marie-france.beland@gowlings.com.

Veillez prendre note que toute plainte relative à votre participation à cette recherche peut être adressée à l'ombudsman de l'Université de Montréal, au numéro de téléphone (514) 343-2100 ou à l'adresse courriel suivante : ombudsman@umontreal.ca (**l'ombudsman accepte les appels à frais virés**).

ANNEXE B

Tableau

Les droits nationaux relatifs aux crédits documentaires⁽⁵²⁴⁾

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
Algérie	Non	N/A	N/A	N/A
Antigua	Non	N/A	N/A	N/A
Argentine	Non	N/A	N/A	N/A
Aruba	Non	N/A	N/A	N/A
Australie	Non	N/A	N/A	N/A
Autriche	Oui	Non	Oui	Les tribunaux de l'Autriche reconnaissent la fraude à titre d'exception au principe d'autonomie des crédits documentaires.
Azores	Non	N/A	N/A	N/A

⁽⁵²⁴⁾ Les informations contenues dans ledit tableau sont un résumé du livre Rolf SCHÜTZE et Gabriele FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world Annotated legislation from more than 35 countries*, Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication No. 633, 2001.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
Bahamas	Non	N/A	N/A	N/A
Bangladesh	Non	N/A	N/A	N/A
Barbade	Non	N/A	N/A	N/A
Belgique	Non	N/A	N/A	N/A
îles Caïmans	Non	N/A	N/A	N/A
Îles Anglo-Normandes	Non	N/A	N/A	N/A
Chine	Non	N/A	N/A	N/A
Îles Cook	Non	N/A	N/A	N/A
Costa Rica	Non	N/A	N/A	N/A
Croatie	Non	N/A	N/A	N/A
Chypre	Non	N/A	N/A	N/A
Danemark	Non	N/A	N/A	N/A
République Dominicaine	Non	N/A	N/A	N/A
Équateur	Non	N/A	N/A	N/A
Fidji (République des Îles)	Non	N/A	N/A	N/A
Finlande	Non	N/A	N/A	N/A

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
France	Non	N/A	N/A	N/A
Ghana	Non	N/A	N/A	N/A
Gibraltar	Non	N/A	N/A	N/A
Islande	Non	N/A	N/A	N/A
Inde	Non	N/A	N/A	N/A
Indonésie	Non	N/A	N/A	N/A
Iran	Non	N/A	N/A	N/A
Jamaïque	Non	N/A	N/A	N/A
Japon	Non	N/A	N/A	N/A
Kenya	Non	N/A	N/A	N/A
Kiribati	Non	N/A	N/A	N/A
Luxembourg	Non	N/A	N/A	N/A
Madeira (Île-de-Madère)	Non	N/A	N/A	N/A
Mali	Non	N/A	N/A	N/A
Malte	Non	N/A	N/A	N/A
Monteserrat	Non	N/A	N/A	N/A
Maroc	Non	N/A	N/A	N/A

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
Namibie	Non	N/A	N/A	N/A
Les Pays Bas	Non	N/A	N/A	N/A
Antilles Nééerlan-daises	Non	N/A	N/A	N/A
Nouvelle Calédonie	Non	N/A	N/A	N/A
Nouvelle Zélande	Non	N/A	N/A	N/A
Nicaragua	Non	N/A	N/A	N/A
Île de Nieu	Non	N/A	N/A	N/A
Nigeria	Non	N/A	N/A	N/A
Norvège	Non	N/A	N/A	N/A
Pakistan	Non	N/A	N/A	N/A
Panama	Non	N/A	N/A	N/A
Papouasie-Nouvelle-Guinée	Non	N/A	N/A	N/A
Paraguay	Non	N/A	N/A	N/A
Pérou	Non	N/A	N/A	N/A

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
Philippines	Non	N/A	N/A	N/A
Pologne	Non	N/A	N/A	N/A
Portugal	Non	N/A	N/A	N/A
Porto Rico	Non	N/A	N/A	N/A
Roumanie	Non	N/A	N/A	N/A
Arabie Saoudite	Non	N/A	N/A	N/A
Slovaquie	Non	N/A	N/A	N/A
Îles Salomon	Non	N/A	N/A	N/A
Afrique du Sud	Non	N/A	N/A	N/A
Espagne	Non	N/A	N/A	N/A
Sri Lanka	Non	N/A	N/A	N/A
Saint Kitts	Non	N/A	N/A	N/A
Corée	Non	N/A	N/A	N/A
St. Lucia	Non	N/A	N/A	N/A
St. Vincent	Non	N/A	N/A	N/A
Sénégal	Non	N/A	N/A	N/A
Surinam	Non	N/A	N/A	N/A

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
Suède	Non	N/A	N/A	N/A
Taiwan	Non	N/A	N/A	N/A
Tonga	Non	N/A	N/A	N/A
République de Trinité-et-Tobago	Non	N/A	N/A	N/A
Tuvalu	Non	N/A	N/A	N/A
Ouganda	Non	N/A	N/A	N/A
Ukraine	Non	N/A	N/A	N/A
Uruguay	Non	N/A	N/A	N/A
Vanuatu	Non	N/A	N/A	N/A
Venezuela	Non	N/A	N/A	N/A
Vietnam	Non	N/A	N/A	N/A
Samoa	Non	N/A	N/A	N/A
Zaire	Non	N/A	N/A	N/A
Zimbabwe	Non	N/A	N/A	N/A
Bahreïn	Oui	Oui	N/A	Les dispositions du Code Commercial de Bahreïn applicables aux

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				crédits documentaires sont celles applicables au Koweït.
Bolivie	Oui	Oui	N/A	L'article 1408 du Code Commercial de la Bolivie prévoit que les RUU (version à jour) s'appliquent à titre supplétif, soit pour tout ce qui n'est pas couvert par le Code Commercial de la Bolivie.
Bulgarie	Oui	Oui		Les dispositions du Code Commercial de la Bulgarie relatives aux crédits documentaires sont en conformité avec les RUU500.
Canada	Oui	Non	Oui	N/A

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
Colombie	Oui	Oui	N/A	Le Code Commercial de la Colombie a codifié plusieurs principes des crédits documentaires reconnus internationalement, y compris le principe d'autonomie des crédits documentaires face au Contrat Commercial.
République Tchèque	Oui	Oui	N/A	Les dispositions du Code Commercial de la République Tchèque relatives aux crédits documentaires sont en conformité avec les RUU500.
Égypte	Oui	Oui	N/A	L'article 341 (3) du Code Commercial de l'Égypte stipule que les RUU

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				(sans mentionner quelle version) sont d'application supplétive.
El Salvador	Oui	Oui		N/A
Allemagne	Non	Non	Oui	<p>Les tribunaux de l'Allemagne ont reconnu le principe d'autonomie des crédits documentaires face au Contrat Commercial, ainsi que le principe de stricte conformité.</p> <p>De plus, un crédit documentaire est présumé révocable à moins d'une stipulation contraire.</p>
Grèce	Oui	Oui	N/A	La Grèce entend réviser ses lois applicables aux crédits documentaires

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				considérant que depuis l'adhésion des banques de Grèce aux RUU, leurs dispositions nationales sont dénuées de sens.
Guatemala	Oui	Oui	N/A	Le Code Commercial prévoit que si le crédit documentaire ne prévoit pas de date d'expiration, le crédit sera valide pour une période de 6 mois, commençant à la date de notification du bénéficiaire.
Honduras	Oui	Oui	N/A	N/A
Hongrie	Non	Non	Non	La sous-section 5, article 14 Décret no. 6/1997 établit la primauté des RUU dans l'application et

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				l'interprétation des crédits documentaires.
Iraq	Oui	Oui	N/A	L'Iraq a incorporé dans son Code Commercial les dispositions du Koweït applicables aux crédits documentaires.
Israël	Oui	Non	Oui	<p>Les tribunaux d'Israël acceptent le principe de la stricte conformité et le principe d'indépendance (principe de l'autonomie des crédits documentaires face au Contrat Commercial).</p> <p>De plus, la fraude à titre d'exception au principe d'indépendance a été reconnue par ces</p>

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				tribunaux. Il a été reconnu par un tribunal d'Israël qu'un défaut de la banque émettrice dans l'examen des documents constitue une négligence et dès lors, elle ne peut exercer aucun recours contre le donneur d'ordre à titre de remboursement.
Koweït	Oui	Oui	N/A	Les règles du Code Commercial du Koweït relatives aux crédits documentaires sont appliquées par la majorité des pays arabes.
Libye	Oui	Non	Non	Certaines dispositions du Code Commercial de la Libye régissent les

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				transactions documentaires. Les règles de la Libye applicables aux crédits documentaires sont influencées par le droit égyptien ainsi que par le droit italien.
Malaisie	Oui	Non	Oui	La jurisprudence et la doctrine proviennent plus particulièrement des tribunaux de l'Angleterre. Toutefois, il y a plusieurs conflits avec l' <i>Islamic Banking Act</i> de 1983 et pour remédier à ces conflits, trois types de crédits documentaires ont été développés.
Mexique	Oui	Oui	N/A	Les règles du Code Commercial du Mexique

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				s'appliquent d'une façon absolue aux crédits documentaires.
Oman	Oui	Oui	N/A	N/A
Qatar	Oui	Oui	N/A	N/A
Russie	Oui	Oui	N/A	Certaines dispositions du <i>Code civil</i> de la Russie entrent en conflit avec les RUU, notamment la présomption à l'effet qu'un crédit documentaire est présumé révoquant à moins de disposition contraire, l'obligation de la banque de vérifier l'authenticité des signataires et le sceau.
Singapour	Oui	Non	Oui	Les tribunaux reconnaissent

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				les principes de stricte conformité et d'autonomie des crédits documentaires face au Contrat Commercial. Ils reconnaissent également la fraude à titre d'exception au principe d'autonomie des crédits documentaires.
Slovaquie	Oui	Oui	N/A	N/A
Soudan	Oui	Non, bien que le Civil Transaction Act de 1984 contienne certaines règles pouvant être applicables aux crédits documentaires	N/A	La jurisprudence et la doctrine proviennent plus particulièrement des tribunaux de l'Angleterre. Toutefois, il y a plusieurs conflits avec l' <i>Islamic Banking Act</i> de 1983 et pour remédier à ces conflits, trois types de crédits documentaires ont été

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				développés.
Suisse	Oui	Non	Oui	Les tribunaux reconnaissent le principe de stricte conformité et le principe d'indépendance (principe d'autonomie du crédit documentaire face au Contrat Commercial).
Syrie	Oui	Oui	N/A	L'article 408 du Code Commercial de la Syrie a été influencé par la loi applicable aux crédits documentaires du Liban.
Tunisie	Oui	Oui	N/A	N/A
Turquie	Oui	Non	N/A	La doctrine nous indique que le droit est similaire au droit suisse relativement à l'application des crédits

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				documentaires.
United Arab Emirates	Oui	Oui	N/A	N/A
Angleterre	Oui	Non	Oui	Le principe de stricte conformité et le principe d'autonomie du crédit documentaire sont également appliqués. La fraude à titre d'exception au principe d'autonomie est également appliquée par les tribunaux.
États-Unis	Oui	Oui	N/A	L'article 5 UCC est plus amplement commenté à la section 2.3.1.3.1.
Yémen	Oui	Oui	N/A	Le Yémen a intégré dans son Code Commercial les dispositions du droit du Koweït applicables aux crédits

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Nom du pays	Existe-t-il un droit national relatif aux crédits documentaires dans ce pays ?	Le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il d'un texte de loi ?	À défaut d'avoir un texte de loi, le droit national relatif aux crédits documentaires résulte-t-il de la jurisprudence ?	Commentaires
				documentaires.
Yougoslavie	Oui	Oui	N/A	Notons que les crédits documentaires sont présumés irrévocables à moins de dispositions contraires.

5. LES SOURCES DOCUMENTAIRES

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes fédéraux :

Loi sur les Banques, L.C. 1991, c. 46.

Loi sur les transports du Canada, L.C., 1996, c.10.

Règlement sur les transports aériens, D.O.R.S./88-58.

Texte québécois :

Code civil du Québec, L.Q., 1991, c.64.

Textes étrangers :

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, Doc. off. AG, 5^e session, 87^e séance, A/RES/50/48 (1995).

National Bank Act, ch 58, 12 Stat. 665 (1863).

Uniform Commercial Code, U.C.C. § 5-102(4).

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence canadienne :

Arontec inc. c. Société commerciale anonyme de construction technique et touristique « Poseidon », 2004 CanLII 30938 (QC C.S.).

Banque de Montréal c. Européenne de condiments, [1989] R.J.Q. 246 (C.S.).

Banque de Nouvelle Écosse c. Angelica-Whitewear Ltd. [1987] 1 R.C.S. 59.

Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal, 1998 CanLII 12720 (QC C.A.).

Banque de Nouvelle Écosse c. Banque de Montréal J.E. 93-1314 (C.S.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Banque Mercantile du Canada c. Forex Leroy Inc., 1989 CanLII 694 (QC C.A.).

Bettan c. 146207 Canada Inc., [1999] R.J.Q. 2334 (C.A.).

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

Blasser Brothers Inc., S.A. c. Royal Bank of Canada, [2002] R.J.Q. 2307 (C.A.).

Bonnie Sportwear (1978) Ltd. International Trading Co. J.E. 93-1257 (C.S.).

Buron c. Beauce, société mutuelle d'assurances générales, [1996] R.R.A. 241 (C.Q.).

Cineplex Odeon Corp. c. 100 Bloor West General Partner Inc., [1993] O.J. No. 112 (Div. Gen. Ont.).

C. Vincent Ltd. c. Bank of Montreal ([1993] B.C.J. No. 1783).

Distribulite Ltd. c. Toronto Board of Education Staff Credit Union (1987), 45 D.L.R. (4th) 161 (H.C. Ont.).

Eurosun inc. c. Lignes aériennes Globe Azur inc. (Air club international), J.E. 96-2205 (C.S.).

Fuji Bank c. 1440 Ste-Catherine Street Development Inc., 1993 WL 1438407 (Div. Gen. Ont.).

Fuji Bank Canada c. 1440 Ste-Catherine Street Development Inc., (1993) O.J., No. 2467. (Q.L.) (Gen. Div.).

Geestmünder Bank A.G. c. Barzelex Inc., [1995] R.J.Q. (C.A.).

Good Country Estates Ltd. Toronto Dominion Bank, 2000 BCSC 562.

Hush Puppies Canada Inc. Ltd. c. Rodimar Canada Inc., 1999 CanLII 4690 (QC. C.Q.).

Liquidation de la Banque de crédit et de commerce (Canada) c. Les entreprises Ralph Eid Ltée 1997 CanLII 10419 (QC C.A.).

Morguard Trust Company c. Royal Bank of Canada and Harvey Holdings Limited ([1990] 2 W.W.R. 85).

Nix c. Aulis Holdings, [1994] R.D.I. 388 (C.S.).

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Pétrolière impériale c. Lessard, J.E. 96-439 (C.S.).

Produits pétroliers Bernières inc. c. Banque Nationale du Canada, REJB 1998-05528(C.S.).

Royal Bank of Canada c. Horn and Horn, 72 Alta. L.R. (2d) 79 (B.R. Alta).

Société en Commandite, Stationnement de Montréal c. Banque Nationale du Canada, J.E. 2001-263, (C.S.).

Standard Trust Co. c. Bank of Nova Scotia, 2001 NFCA27 (CanLII).

3099-2325 Québec Inc. c. 2849-6810 Québec Inc., REJB 1999-13879 (C.A.).

430872 B.C. Ltd. c. KPMG Inc. 2004 BCCA 186.

699971 Manitoba Ltd. c. National Bank of Canada, 122 D.L.R. (4^e) 609, (C.A. Man.).

Jurisprudence américaine :

Bank of America Nat. Trust & Savings Ass'n c. Liberty Nat. Bank & Trust Co. of Oklahoma City, 116 F. Supp.233 (W.D. Okl 1953).

Caloric Stove Corp. c. Chemical Bank and Trust Co. 205 F. 2d 492 (2d. Cir. 1953).

Cineplex Odeon Corp. c. 100 Bloor West General Partner Inc, [1993] O.J. No. 112 (Gen. Div.).

Equitable Trust Co. of New York c. Dawson Partners Ltd. (1926) 27 Ll. L. Rep. 49, 52.

Northwoods Paper Mills Ltd. c. National City Bank, 121 N.Y.S. 2d 543 (Sup. C.T. 1953, affirmé 283 App. Div. 731(1954)).

Occidental Fire & Casualty Co. Of North Carolina c. Continental Bank, N.A., 918 F.2d 1312, 13 U.C.C. Rep. Serv. (CBC) 2d 289 (7th Cir. 1990).

Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp. 31 N.Y. S. 2d 633 (S.C. 1941).

United Bank Ltd. c. Cambridge Sporting Goods Corp., 41 N.Y. 2d 254, 392 N.Y.S. 2d 265, 360 N.E. 2d 943, 20 U.C.C. Rep. Serv. (C.B.C.) 980 (1976).

United States Steel Product Co. c. Irving Bank – Columbia Trust Co., F. 2d., 230 (2d) Cir. 1925.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Wells Fargo Nevada National Bank c. Corn Exch. National Bank 23 F. 2d. 1 (7th, Cir. 1927).

Washburn c. Wright, (1913), 31 O.R.L.138 (app. Div.) p. 147.

Jurisprudence française :

Civ. 1^{ère}, 22 oct 1991.

Paris 1^{ère} Ch. Sect. C, 13 juil 1989, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/Primary*.

Jurisprudence étrangère :

Edward Owen Engineering Ltd. c. Barclays Bank International Ltd., [1978] 1, All ER, 976.

Elian and Rabbath (Trading as Elian & Rabbath) c. Matsas and Matsas, [1954] 2, All ER, 497.

English, Scottish and Australian Bank Ltd. c. Bank of South Africa, Lloyd's Rep. 21 (1922).

Hasson c. Hamel & Horley, [1922] 2 A.C. 46.

R. D. Harbottle (Mercantile) Ltd. et al c. National Westminster Bank Ltd. et al, [1977] 2 All E.R. 862.

Rosen et al. c. Pullen et al., (1981)16, B.L.R., 28.

United City Merchants (Investments) Ltd and others c. Royal Bank of Canada and others, [1982] 2 All ER 720.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils :

BAUDOUIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

BERTRAMS, R.F., *Bank Guarantees in International Trade : The Law and Practice of Independent (First Demand) Guarantees and Standby Letters of Credit in Civil Law and common Law Jurisdictions*, Third revised edition, Kluwer Law International, ICC Publishing S.A., 2004.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

BONTOUX, C., *Le crédit documentaire moyen de paiement et de financement*, Dunod, Collection l'Avis de l'entreprise, 1970.

BOUDINOT, A., *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Éditions Sirey, 1979.

CAPRIOLI, E.A., *Le crédit documentaire : Évolution et perspectives*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Librairie de la Cour de Cassation, 1992.

Centre de commerce international CNUCED/OMC, *Financement et garanties dans le commerce international : Guide Juridique*, Séries Droit des affaires, banque et financement, Genève, CCI.

Commentary on UCP 600 : Article-by-article Analysis by the UCP Drafting Group, Paris, International Chamber of Commerce, 2007.

COSTA LIGIA, M., *Le crédit documentaire étude comparative*, Bibliothèque de droit privé, t. 308, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence EJA 1998.

DE ROOY, F.P., *Documentary Credits*, Deventer/Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.

EISEMAN, F., et C. BONTOUX, *Le Crédit documentaire dans le commerce extérieur, Commentaire Réglementation uniforme internationale Formules normalisées*, Collection Exporter, Éditions Jupiter, Éditions de Navarre, 1981.

ELLINGER, E.P., *Documentary Letters of Credit, a comparative study*, University of Singapore, 1970.

ELLINGER, E.P. *Letters of credit in the Transnational Law of International Commercial Transactions*, vol. 2, Bielfeld, Horn & Schmitthoff, Eds.; Bielefeld, 1982.

EMANUELLI, C., *Droit international public*, La collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998.

FOUCHARD, P., et P. KAHN et A. LYON-CAEN, *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982.

GOLDMAN, B., « *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria* », *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt, 1993.

GUTTERIDGE, H.C., et MEGRAH, M., *The Law of Bankers' Commercial Credits*, Europa Publications Ltd., London, 1984.

JACK, R., A. MALEK et D. QUEST, *Documentary Credits*, 3rd Ed., London, Butterworths, 2001.

JOBIN, P.-G., en collaboration avec N. VÉZINA, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

KARIM, V., *Les obligations*, vol. 1, 2^e Éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002.

KASSIS, A., *Théorie générale des usages du commerce* (1984).

KENFACK, H., *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2002.

KREUZER, K., *La propriété en droit international privé*, Recueil de cours de l'Académie de droit international de la Haye (1996), volume 259.

KURKELA, M.S., *Letters of Credit and Bank Guarantees under International Trade Law*, New-York, Oxford University Press, 2nd ed., 2008.

LESGUILLONS, H., *Contrats internationaux*, Tome 6, Nanterre, Lamy, 2006.

L'HEUREUX, N., et E. FORTIN, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2004.

MARAIS, P., *Des ouvertures en Banque de Crédits confirmés et non confirmés*, Paris, 1925.

MAYRAND, A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Centre de recherche en droit privé et en droit comparé du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 4^e éd., 2007.

McCULLOUGH, B.V., *Lettre de crédit*, feuilles mobiles, Lexis Nexis Matthew Bender, 2005.

McCULLOUGH, B.V., *Letters of credit : Commercial and Standby Letters of Credit, Bankers' and Trade Acceptances*, Lexis-Nexis, Publication 387, Release 34, 2005.

OELOFSE, A., *The Law of documentary letter of credit in comparative perspective*, Pretoria, South Africa, Interlegal, 1997.

PETERS, A., *Letters of crédit in export transactions* dans Conférence sur les lettres de crédit tenue le 21 novembre 1997.

ROWE, M., *Letters of Credit*, 2nd edition, Euromoney Publications PLC, 1997, London.

SARNA, L., *Letters of Credit : The law and Current Practice*; Third Edition, Carswell, 2002.

SCHÜTZE, R.A., et G. FONTANE, *Documentary Credit Law throughout the world – annotated legislation from more than 35 countries*; Paris, ICC Publishing S.A., ICC Publication No. 633, 2001.

SIMLER, P., *Cautionnement et garantie autonomes*, 2e éd., Paris, Litec, 1991.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

SMITH, A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776)*, Cannan University of Chicago Press, 1976, Volume 1.

STOUFFLET, J., *L'œuvre normative de la CCI dans le domaine bancaire* », dans *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982.

TAYLOR, D., *The Complete UCP; Texts, Rules and History 1920-2007*, Paris, ICC Publication 683.

TODD, P., *Bill of Lading and Bankers' documentary Credits*, Fourth edition, London, Informa, 2007.

Articles de revue, Conférences et thèses :

AXWORTH, C.S., *The Documentary Credit Transaction and the Jus Quaesitum Tertio*, Thèse de maîtrise, Université McGill, 1971.

BÉGIN, A., *Le crédit documentaire irrévocable utilisé à titre d'instrument de paiement en droit civil québécois*, Thèse présentée à la Faculté d'études supérieures et de recherche de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, Août 1985.

BÉGUIN, J., « Le développement de la lex mercatoria menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984-85) 30 *R.D. McGill*.

BONTOUX, C. « *Limite du formalisme en matière documentaire* », Paris, *Revue de la Banque*, 1959.

BUCKLEY, R.P., « Potential Pitfalls with Letters of Credit », (1996) 70 *ALJ*.

CHARPENTIER, E., « Les principes d'Unidroit : une codification de la lex mercatoria ? », (2005) 26 *C. de D* 193.

Conférence : « Letters of Credit from the Basics to the Advanced », June 22, 2001, ABN Amro Bank.

CUMYN, M., « La délégation du Code civil du Québec : une cession de dette ? », (2002) 43 *C. de D*.

DEAK, N.L., « Letters of credit : Documentary credit », (1980-1981) 2 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.*

DOLAN, J.F., « A Principled Exception to the Strict Compliance Rule in Trilateral Letter of Credit Transactions » (2003) 18 *B.F.L.R.* 245.

DOLAN, J.F., et VAN HUIZEN, P., « International Rules for Letters of Credit The UCP : A Final Report », (1994) 9 *B.F.L.R.*

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

GOLDMAN, B., « Frontière du droit et lex mercatoria », (1964) 9 *Archives de philosophie du droit* 177.

GOLDMAN, B., « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1979) 106 *Journal du droit International*.

GOLDMAN, B., « Une bataille judiciaire autour de la lex mercatoria : l'affaire Norsolor », (1983) *Rev. Arb.*

DE GOTTRAU, N., *Le crédit documentaire et la fraude : La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre*, Faculté de droit de Genève, Bruylant, Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

HIGHET, K., « The enigma of the lex mercatoria », 63 *Tulane L. Rev.*

KAHN, P., « La lex mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses », (1992) 37 *R.D. McGill*.

KOUDRIACHOV, Dr. S.A., « The application of the Letter of Credit form of payment in international Business Transactions », (2001) 10 *Currents Int'l Trade L.J.*

LACOURSIÈRE, M., et JEFFERY, S.P., *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby*, Conférence sur l'harmonisation des lois du Canada-Section civile, Rapport d'avant mise en œuvre, Toronto et Québec, mars 2006.

LEDUC, A., « L'émergence d'une nouvelle lex mercatoria à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce », (1992) 37 *R.D. McGill*.

LEMIEUX, M., « *Les décisions Bombardier Inc. c. Hermes Aero LLC et l'autonomie des crédits standby* », (2003) 63 *R. du B.*

LLUELLES, D., « Le mécanisme de renvoi contractuel à un document externe : droit commun et régimes spéciaux », (2002) 104 *R. du N.*

MOSES, M.L., « The Irony of International Letters of Credit : They aren't secure, they (Usually) Work » (2003) 120 *Banking L.J.*

MOUMOUNI, C., « Contrat de crédit documentaire : mirages et écueils d'un instrument de paiement international », (1996) 56 n°4 *R. du B.*

PAULSSON, J., « *La lex mercatoria dans l'arbitrage C.C.I.* », (1990) *Rev. Arb.*

PETERS, A., *Letters of credit in export transactions* dans Conférence sur les lettres de crédit tenue le 21 novembre 1997.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

POULLET, Y., Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, *Les Garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours des 19 et 29 juin 1980, Paris, Éditions du Moniteur.

RAIMONDO, P., « Le rôle et l'évolution de la *lex mercatoria* », (2001) 11 *La lettre du droit du commerce international*.

SARNA, L., « Les parties à une lettre de crédit » dans *Lettre de crédit et acceptation bancaire* conférence tenue 1er avril 1993 à Montréal.

TETLEY, W., « Mixed Jurisdictions : Common Law vs Civil Law (codified and uncoded) », (1999) 4 *Rev. dr. unif.*

TWIFORD, L.K., « The Standby Letter of Credit : Valuable but still uncertain instrument in international business transaction », (1979-1980) 2 *Hous. J. Int'l L.*

W.C. GRAHAM et J. MATEJCEK, *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*, Colloque de Tours des 19 et 29 juin 1980, Paris, Éditions du Moniteur.

Publications de la CCI :

ICC Brochure No. 48 Record of Stockholm meeting from 27 June to 2 July 1927.

International Standard Banking Practice for the examination of documents under Documentary Credits, International Chamber of Commerce, Paris, Publication N° 681, 2007.

Règles et pratiques internationales relatives aux Standby, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 580, 1998.

Règles et usances relatives aux remboursements de banque à banque, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 525, 1995.

Règles et usances uniformes pour la présentation électronique des crédits documentaires, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 500-3, 2002.

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Chambre de commerce internationale, Paris, Publication N° 82, 1933.

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 151, 1951.

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Chambre de commerce internationale, Paris, Publication N° 222, 1962.

La lettre de crédit commerciale : facilité de crédit désuète et incomprise ?

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Chambre de commerce internationale, Paris, Publication N° 290, 1974.

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Chambre de commerce internationale, Paris, Publication N° 400, 1993.

Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, Chambre de commerce internationale, Paris, Publication N° 600, 2007.

Règles uniformes pour les garanties contractuelles, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 321, 1978.

Règles uniformes pour les garanties contractuelles, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 325, 1978.

Règles uniformes pour les garanties sur demande, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 458, 1992.

Règles uniformes relatives aux encaissements, Chambre de Commerce Internationale, Paris, Publication N° 322, 1978.

Sources électroniques :

Uniform Law Commisioners, « History », le 25 juillet 2007 : Uniform Law Commisionners en ligne :

<http://www.nccusl.com/Update/>

État 1995 : Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/payments/1995Convention_guarantes_status.html