

SIMILARITÉS ET DISTINCTIONS ENTRE LA FRAUDE DU BÉNÉFICIAIRE D'UN CRÉDIT DOCUMENTAIRE ET CELLE DU BÉNÉFICIAIRE D'UNE GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION

Claude Gilbert

Volume 17, Number 2, 1987

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1108743ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19859>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Gilbert, C. (1987). SIMILARITÉS ET DISTINCTIONS ENTRE LA FRAUDE DU BÉNÉFICIAIRE D'UN CRÉDIT DOCUMENTAIRE ET CELLE DU BÉNÉFICIAIRE D'UNE GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 17(2), 585–617. <https://doi.org/10.17118/11143/19859>

Article abstract

The notion of confidence, which is the basis of any commercial relationship, is of particular importance in matters of international commercial contracts. This need for security has given rise to two financial instruments of which one is more adapted to the interests of the buyer (contractual guarantee), and the other, to those of the vendor (documentary credit). In spite of these diverging purposes, both have as a common element the aim of strengthening the contractual relationship. It is the requirement of good faith as well as the individual interests of the parties which has led to the creation of certain juridical instruments capable of ensuring fulfilment of the buyer's or seller's obligations, and which exist independently of the contract of sale itself. However, the fitularies of these rights cannot exercise them in an abusive fashion. In cases of fraud, the separate obligation assumed by a third party, such as a bank or an insurance company, ceases to exist autonomously. Any prestation normally owed may no longer be claimed if the court, rather than the bank (except in certain circumstances), so decides.

An examination of the particular characteristics of contractual guarantees and documentary credits, in situations where the creditor's fraud has been established, allows one to conclude that in matter of credit, fraud relates to the degree of non-fulfilment of the beneficiary's obligations, whereas in the case of a guarantee, it is the same, but also it depends upon the facts. Despite certain features which letters of credit and letters of guarantee have in common, one must be prudent in invoking principles relating to the former and applying them to situations involving the latter and vice versa.

SIMILARITÉS ET DISTINCTIONS ENTRE LA FRAUDE DU BÉNÉFICIAIRE D'UN CRÉDIT DOCUMENTAIRE ET CELLE DU BÉNÉFICIAIRE D'UNE GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION*

par Claude GILBERT**

La confiance, base des relations commerciales, doit particulièrement être assurée quand il s'agit de contrats internationaux de commerce. Ce besoin de sécurité est à l'origine de deux instruments financiers, dont l'un est adapté aux intérêts de l'acheteur (garantie contractuelle), l'autre, à ceux du vendeur (crédit documentaire). Malgré cette différence d'objet, les deux ont en commun le but de consolider le cadre contractuel. C'est en vertu de l'obligation générale de bonne foi, et dans l'intérêt des parties, que sont élaborés les mécanismes juridiques qui rendent possible, indépendamment du contrat de vente, l'exécution des obligations du vendeur ou de l'acheteur; il ne peut donc être admis que le bénéficiaire de tels droits en abuse aux dépens de la bonne foi. Quand il y a fraude, l'obligation autonome, assumée par un tiers (banque ou compagnie d'assurance), perd son indépendance; la prestation ne peut plus être réclamée, mais c'est le tribunal, non la banque (sauf exception), qui doit en décider. L'étude des caractéristiques respectives du crédit documentaire et de la garantie contractuelle, de même que des cas où la fraude du bénéficiaire a été reconnue, permet de conclure que pour un crédit, l'existence d'une fraude est généralement une question de degré d'inexécution des obligations du bénéficiaire, tandis que pour une garantie, c'est davantage une question de circonstances. En dépit de leurs traits communs, il faut être prudent quand on invoque les principes de la lettre de crédit, pour les appliquer à une situation où il s'agit d'une lettre de garantie; l'inverse est aussi vrai.

* Le présent article a été rédigé dans le cadre d'un cours de Droit commercial international, pour être présenté au professeur Alain Prujiner de l'Université Laval.

** Avocat au Barreau de Québec.

The notion of confidence, which is the basis of any commercial relationship, is of particular importance in matters of international commercial contracts. This need for security has given rise to two financial instruments of which one is more adapted to the interests of the buyer (contractual guarantee), and the other, to those of the vendor (documentary credit). In spite of these diverging purposes, both have as a common element the aim of strengthening the contractual relationship. It is the requirement of good faith as well as the individual interests of the parties which has lead to the creation of certain juridical instruments capable of ensuring fulfilment of the buyer's or seller's obligations, and which exist independently of the contract of sale itself. However, the titularies of these rights cannot exercise them in an abusive fashion. In cases of fraud, the separate obligation assumed by a third party, such as a bank or an insurance company, ceases to exist autonomously. Any prestation normally owed may no longer be claimed if the court, rather than the bank (except in certain circumstances), so decides.

An examination of the particular characteristics of contractual guarantees and documentary credits, in situations where the creditor's fraud has been established, allows one to conclude that in matter of credit, fraud relates to the degree of non-fulfilment of the beneficiary's obligations, whereas in the case of a guarantee, it is the same, but also it depends upon the facts. Despite certain features which letters of credit and letters of guarantee have in common, one must be prudent in invoking principles relating to the former and applying them to situations involving the latter and vice versa.

(1987) 17 R.D.U.S.	<i>Similarités et distinctions entre la fraude du bénéficiaire d'un crédit documentaire et celle du bénéficiaire d'une garantie de bonne exécution</i>	587
--------------------	--	-----

SOMMAIRE

INTRODUCTION: Les exigences des commerçants internationaux	588
I — LA NOTION D'OBLIGATION AUTONOME	589
A — Crédit documentaire	589
B — Garantie contractuelle	590
C — Comparaison	593
II — LA FRAUDE APPLIQUÉE AUX OBLIGATIONS AUTONOMES	594
A — Garantie contractuelle	597
B — Crédit documentaire	601
C — Principe fondamental	606
III — LES ESPÈCES DE FRAUDE	610
A — À la transaction documentaire	612
B — Au contrat de base	615
CONCLUSION: Les cas d'ouverture à l'exception de fraude ...	617

INTRODUCTION

Les exigences des commerçants internationaux

Par nature, l'exécution des contrats internationaux de commerce se caractérise par l'élément de risque accru qu'elle présente aux parties, à comparer aux opérations commerciales entre les ressortissants d'un même État. Ce risque est généralement l'effet de la distance considérable qui sépare souvent les co-contractants¹. Il implique une durée d'exécution allongée, au cours de laquelle peut varier davantage la situation du marché ou la capacité financière des parties. La distance entre elles signifie aussi une certaine méconnaissance mutuelle, et donc la possibilité de surprises quant à la solvabilité ou la crédibilité du vis-à-vis étranger. Si le développement moderne des communications diminue ce genre d'obstacles à un engagement informé et sécuritaire, les risques politiques et juridiques demeurent². Chaque partie ne connaît pas nécessairement bien la législation et les usages du pays de l'autre, et ne peut garantir les bonnes dispositions de son gouvernement. Tout ceci ne peut qu'aggraver la défiance réciproque: ainsi, le vendeur voudra s'assurer d'être payé, et l'acheteur d'être mis en possession. Dans un premier temps, les exportateurs des pays développés ont conçu l'idée d'exiger un paiement anticipé. Depuis, la concurrence entre eux les a forcés à consentir aux importateurs des garanties additionnelles, outre celles qu'ils doivent en vertu de la vente elle-même³. Dans les deux cas, le but visé est que la disponibilité du paiement ou de la garantie ne dépende pas des atermoiements de la partie débitrice, et dans ce but, l'un des moyens est de permettre que la prestation réclamée le soit indépendamment de l'exécution d'une obligation corrélative, la bonne foi se présumant toujours. De tels moyens, s'ils procurent une sécurité au bénéficiaire de ladite prestation, peuvent présenter un risque pour la partie débitrice, les rôles étant renversés dans la situation antérieure. En somme, il faut alors un antidote au remède. La crainte d'un abus de la créance indépendante repose sur l'hypothèse de la déloyauté du créancier, autrement dit d'une fraude,

1. H.J. BERMAN, C. KAUFMAN, «The Law of International Commercial Transactions», (1978) 19 *Harv. Int. L.J.* 221-222.

2. J. STOUFFLET, *Le crédit documentaire, étude juridique d'un instrument financier du commerce international*, Paris, Librairies Techniques, 1957, p. 10-15, nos 2-7.

3. C. GAVALDA, J. STOUFFLET, «La lettre de garantie internationale», (1980) 33 *Rev. trim. dr. com. et écon.*, 1-2.

à la limite. Or, «*fraus omnia corrumpit*»: la fraude corrompt tout, ce qui permet de passer outre au principe dont on abuse. C'est donc ce moyen qui doit être invoqué afin de rétablir l'équilibre des relations entre le vendeur et l'acheteur, mais pas selon le même schéma, tout dépendant que ce soit le premier ou le second qui est incriminé. Pour le démontrer, nous examinerons le point commun aux deux espèces d'obligations abstraites que nous avons signalées, à savoir précisément leur indépendance du contrat initial, et nous exposerons leurs différences. Ensuite, nous verrons comment leur est appliqué au Québec le moyen de fraude. Enfin, nous essaierons de dégager les tendances de l'interprétation donnée à cette exception au principe d'autonomie.

I — LA NOTION D'OBLIGATION AUTONOME

A — Crédit documentaire

L'institution du crédit documentaire est née au siècle dernier avec le développement du commerce international. La libéralisation des échanges, à cette époque, joua en ce sens de deux façons: leur augmentation favorisait l'établissement d'une classe de transporteurs commerciaux; les débouchés s'ouvraient non seulement aux producteurs les plus importants, mais aussi à d'autres qui n'avaient pas les moyens d'organiser eux-mêmes le transit de leur marchandise⁴. Il en résulte que les co-contractants traitaient vraiment à distance l'un de l'autre, la présence d'un intermédiaire s'ajoutant à l'éloignement physique. Dans ce contexte, le vendeur ne voulait pas risquer son investissement.

Le crédit documentaire assure la sécurité du paiement en faisant intervenir un tiers (généralement une banque); opération tripartite et supposant trois contrats: entre le vendeur et l'acheteur, entre l'acheteur et la banque, entre la banque et le vendeur. Le contrat de vente stipule que le prix sera payé par ce moyen, ensuite l'acheteur demande à la banque d'ouvrir un crédit en faveur du vendeur. Si cet ordre est accepté, la banque émet le crédit et s'oblige à payer le montant prévu au bénéficiaire⁵. Celui-ci doit toutefois satisfaire aux conditions de l'ordre d'ouverture, en présentant des documents (facture, connaissance de transport, certificat d'origine...) qui attestent

4. F. EISEMANN, C. BONTOUX, *Le crédit documentaire dans le commerce extérieur*, Paris, éd. Jupiter, éd. de Navarre, 1976, p. 27, nos 13-14.

5. A.G. DAVIS, *The Law relating to Commercial Letters of Credit*, 3ème éd., Londres, Sir Isaac Pitman and Sons Ltd., 1963, p. 15-17.

l'exécution de ses propres obligations envers l'acheteur. Les trois contrats sont donc intimement liés. Cependant, celui qui donne lieu à toute l'opération est étranger à la technique même de son exécution. En effet, la banque est une tierce partie à la vente dont les termes dictent le contenu des instructions que l'acheteur lui adresse. Par suite, le seul contrôle qu'elle peut exercer est celui de la régularité des documents soumis par le bénéficiaire. Le rôle qu'elle joue est purement financier, et justifie de considérer séparément le contrat de base et le crédit documentaire. Cette séparation engendre un formalisme qui signifie que la banque doit s'assurer d'une rigoureuse conformité entre les documents présentés et les conditions du crédit, sans égard à la bonne ou mauvaise exécution des obligations de la vente⁶. C'est là ce qu'on nomme le principe d'autonomie.

Sauf s'il est stipulé irrévocable, le crédit, une fois émis, peut être modifié ou annulé en tout temps et sans avis au bénéficiaire, si ce dernier n'a pas déjà été payé⁷. Si les conditions indiquent qu'il est irrévocable, le crédit est un engagement définitif de payer le bénéficiaire (sous réserve du respect des autres conditions), et ne peut être modifié ou annulé sans l'accord de toutes les parties. Cette seconde espèce réalise parfaitement la distinction du contrat et du crédit. D'autre part, si la banque émettrice, qui d'habitude est celle de l'acheteur, n'a pas de succursale dans le pays du vendeur, elle s'adressera à une banque de ce pays pour notifier ou confirmer le crédit au bénéficiaire. Une banque notificatrice se contente d'aviser le vendeur de l'ouverture du crédit, tandis qu'une banque confirmatrice s'oblige envers lui à le payer, ajoutant son engagement à celui de la banque émettrice⁸. Les Règles et usances uniformes de la Chambre de Commerce Internationale, révisées en 1983 (publication 400), décrivent toutes ces pratiques en les systématisant, pour offrir un guide sûr à leurs utilisateurs.

B — Garantie contractuelle

Les garanties de cette sorte ont une histoire notablement plus courte que celle du crédit documentaire. Cette institution s'est développée à la faveur d'importants projets de développement économique dans des pays traditionnellement défavorisés, suscitant une vive

6. S. EPSCHTEIN, C. BONToux, *Sécurités et précarités du crédit documentaire*, Paris, Dunod, 1964, p. 173-175.

7. L. SARNA, *Letters of Credit, the Law and Current Practice*, Toronto, Carswell, 1984, p. 8.

8. *Id.*, p. 12-14.

compétition entre les entreprises des États industrialisés. Les mauvais souvenirs de l'époque coloniale incitent les commerçants de ces pays à profiter du nouveau rapport de forces, en réclamant l'assurance que la prestation promise leur sera bien fournie⁹. Dans cette optique, la sûreté personnelle consentie par une institution financière représente une garantie valable. Cette sûreté peut revêtir la forme d'une garantie de soumission, de bonne exécution ou de remboursement. Chacune de ces garanties a son objet propre.

Un exportateur, en déposant une soumission auprès d'un importateur, offre à ce dernier de contracter avec lui. Pendant la durée de celle-ci, la garantie de soumission couvre une partie de sa valeur, et devient exigible si le soumissionnaire refuse de signer un contrat identique à celui qu'il proposait de conclure au début¹⁰. La garantie de remboursement, elle, s'applique aux avances consenties par l'importateur à l'exportateur, au cas où le contrat ne serait pas exécuté et les avances non remboursées¹¹. Le plus souvent, ces garanties sont offertes par une banque.

La garantie de bonne exécution est celle qui correspond directement à l'accomplissement des obligations principales du vendeur (ou de l'entrepreneur). En ce sens, elle est l'équivalent du crédit documentaire, pour le paiement du prix par l'acheteur (sous réserve des distinctions à venir plus loin). Elle résulte de l'ordre du vendeur à la banque garante, qui la consent au bénéfice de l'acheteur, pour un montant limité à une fraction du prix, en cas d'exécution imparfaite du contrat de vente¹². Cette garantie peut être conditionnelle, documentaire ou automatique (à première demande)¹³. La réalisation de la première est subordonnée à la présentation au garant d'une sentence judiciaire ou arbitrale, prononçant l'existence d'une obligation du vendeur: garantie accessoire, donc, au contrat principal. La deuxième prévoit de présenter au garant un certificat ou

9. M. HANNANI, «Les garanties contractuelles dans les transactions internationales comportant la fourniture de biens ou de services», (1985) 26 *C. de D.* 633-639.

10. M. DUBISSON, «Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution», (1977) 3 *D.P.C.I.* 423, 426.

11. X. TANDEAU DE MARSAC, «Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels», (1980) 6 *D.P.C.I.* 149, 154, no 7.

12. *Ibid.*

13. M. HANNANI, *loc. cit. supra*, note 9, 642-643, 671. Contrairement à cet auteur, nous distinguons garantie conditionnelle et garantie documentaire pour fins de classification.

rapport d'expert, à l'effet d'établir qu'un résultat déterminé, objet de la garantie, n'a pas été atteint¹⁴. La troisième peut nécessiter la production, par le bénéficiaire, d'une déclaration de défaut (du vendeur) ou d'un énoncé de griefs. Dans ce dernier cas, la simplicité de la procédure, et le fait que l'avis émane du bénéficiaire lui-même, mettent encore moins la banque en état de vérifier le bien-fondé de la demande de paiement, à comparer au crédit documentaire. En effet, il n'y a pas de documents émis par des tiers et attestant des faits, et il n'est même pas essentiel que le bénéficiaire détaille ses reproches. La séparation du contrat de base et du contrat de garantie s'impose donc encore plus, car le garant est rendu tout à fait étranger à la réalisation du premier. La banque ne peut opposer les moyens de défense du vendeur à une demande de paiement de la garantie, et celui-ci ne peut les opposer à une demande de remboursement de la banque¹⁵. La garantie à première demande réalise au maximum l'autonomie de l'engagement bancaire par rapport aux conventions sous-jacentes. Sur ce plan, elle dépasse le crédit documentaire, dont le formalisme garantit l'indépendance, mais en représentant les biens par les documents¹⁶. Il faut dire que la garantie automatique remplace la pratique du dépôt en espèces, qui est saisissable sur demande de l'acheteur, mais désavantage le vendeur en immobilisant des fonds importants. Du point de vue du bénéficiaire, il est impérieux que la substitution d'une sûreté personnelle à une sûreté réelle soit compensée par une disponibilité de la garantie sur simple demande¹⁷: la rapidité d'exécution de la première exerce sur le vendeur la même pression que l'importance des fonds bloqués par la seconde. Cependant, les Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale, rédigées en 1978 (publication 325), ne traitent pas du caractère autonome des garanties contractuelles et ne visent pas la garantie automatique¹⁸.

14. Et non de déclarer un lien de droit entre l'acheteur et le vendeur: Y. POULLET, «Les garanties contractuelles dans le commerce international», (1979) 5 *D.P.C.I.* 387, 416.

15. P. TRUDEAU, «Les garanties contractuelles exigées des exportateurs québécois de biens et de services», (1985) 45 *R. du B.* 163, 173-174.

16. Règles et usances uniformes, art. 4: «Dans les opérations de crédit, toutes les parties intéressées ont à considérer les documents à l'exclusion des marchandises, services et autres prestations auxquels ces documents peuvent se rapporter».

17. Y. POULLET, *loc. cit. supra*, note 14, 388-389.

18. P. TRUDEAU, *loc. cit. supra*, note 15, 174.

C — Comparaison

Tout comme le crédit documentaire, la garantie à première demande est une opération tripartite et suppose trois contrats, où le vendeur contracte avec le garant, qui s'engage ensuite envers l'acheteur-bénéficiaire¹⁹. Les deux institutions ont aussi en commun le principe d'autonomie, et l'on peut rapprocher le crédit de la garantie documentaire, elle aussi indépendante du contrat de base²⁰; sauf que, si la présentation des documents tend à établir l'exécution des obligations contractuelles du bénéficiaire dans le cas du crédit documentaire, elle tend à établir l'inexécution de celles du donneur d'ordre dans le cas de garantie documentaire²¹. D'autre part, le crédit documentaire est utilisé comme technique d'exécution principale, alors que la garantie de bonne exécution est utilisée à défaut d'exécution en nature. Au plan juridique, on peut donc prétendre que leur configuration respective est fondamentalement différente. D'ailleurs, on peut facilement tracer une distinction en soulignant que si la garantie à première demande est la formule la plus courante de garantie de bonne exécution²², il lui manque l'élément documentaire, essentiel dans la définition de lettre de crédit²³, du moins sous le régime des Règles et usances uniformes²⁴.

Il reste vrai que lettre de crédit et lettre de garantie ont un rôle économique complémentaire. Si les documents présentés à la banque émettrice d'un crédit documentaire sont incomplets, celle-ci, avec l'accord du donneur d'ordre, peut payer quand même, sous réserve du consentement d'une autre banque à garantir l'exécution des obligations contractuelles du vendeur-bénéficiaire²⁵. On voit ainsi le lien qui permet que les avantages d'une institution équilibrent les risques d'abus de l'autre. En dépit de leurs différences, on peut dire que le montant de la garantie équivaut à une fraction récupérable, par l'acheteur, du prix qu'il paie au moyen du crédit; le principe d'autonomie viserait à assurer, entre les parties au contrat de base, la «circulation» dans les deux sens d'un paiement

19. *Id.*, 171-172, 175.

20. X. TANDEAU DE MARSAC, *loc. cit. supra*, note 11, p. 159, no 11.

21. *Id.*, p. 157, no 10.

22. M. DUBISSON, *loc. cit. supra*, note 10, 437, 445.

23. Règles et usances uniformes, art. 2.

24. L. SARNA, *op. cit. supra*, note 7, p. 2: «Clean, as opposed to documentary, credits are those which require no documentation for presentation upon demand for payment».

25. X. TANDEAU DE MARSAC, *loc. cit. supra*, note 11, p. 153-154, no 6.

qui soit indépendant de l'exécution de ce contrat, évitant ainsi de placer le bénéficiaire (acheteur ou vendeur) dans la position difficile de demandeur dans un litige international²⁶.

C'est donc surtout du point de vue économique, et non juridique, que garantie automatique et crédit documentaire peuvent être rapprochés, bien que les banques de certains pays utilisent le second pour atteindre l'objectif de la première²⁷: «ces lettres de crédit «*stand-by*» ne sont pas utilisées comme le crédit documentaire traditionnel puisqu'elles ne sont pas en elles-mêmes des moyens de paiement mais qu'elles donnent lieu à règlement à titre d'indemnité dans l'éventualité de la défaillance du donneur d'ordre vis-à-vis du bénéficiaire... À l'inverse du crédit documentaire, le donneur d'ordre est le vendeur et c'est l'acheteur qui en est le bénéficiaire»²⁸. On retrouve ici le profil de la garantie documentaire. Les Règles et usances uniformes de 1983 ont nommément inclus le crédit «*stand-by*» dans leur champ d'application, ce que certains critiquent et jugent de nature à porter à confusion, parce qu'il s'agit au fond d'une institution très différente²⁹.

II — LA FRAUDE APPLIQUÉE AUX OBLIGATIONS AUTONOMES

Aussi tranchée que soit la séparation entre l'engagement bancaire et la convention qui est à son origine, il reste que cette distinction des deux plans ne saurait avantager le bénéficiaire au détriment de la bonne foi qui est à la base de tous les contrats³⁰. Rappelons que le principe d'autonomie répond aux besoins mêmes des parties en commerce international. La cloison qu'il suppose ne doit donc pas être parfaitement étanche, si l'un des co-contractants en abuse au point de le détourner de sa fin. Dans ce cas, «the wrong-doing of the beneficiary has so vitiated the entire transaction that the legitimate purposes of the independence of the issuer's obligation would no longer be served»³¹. Or, comme l'a rappelé l'introduction, la

26. *Id.*, p. 155, no 8; p. 160, no 14. M. DUBISSON, *loc. cit. supra*, note 10, 425.

27. F. EISEMANN, C. BONToux, *op. cit. supra*, note 4, p. 32, no 22.

28. Chambre de Commerce Internationale, *Guide des opérations de crédit documentaire*, Paris, ICC Publishing SA, 1985, p. 41.

29. P. TRUDEAU, *loc. cit. supra*, note 15, 190-191.

30. J. THIEFFRY, C. GRANIER, *La vente internationale*, Paris, Centre Français du Commerce Extérieur, 1985, p. 124.

31. *Intraworld Industries Inc. c. Girard Trust Bank*, 336 A.2d 316, 324-325 (1975).

fraude vicie tout. Elle doit donc faire tomber la barrière entre le contrat de base et l'obligation de la banque.

Une question se pose évidemment, à savoir: comment le bénéficiaire de la créance autonome peut-il en abuser sans la détourner de sa fin? Ceci revient à demander quel est l'élément essentiel de la fraude. Pour ne pas ouvrir l'exception au point de rendre la règle sans portée, il faudrait la limiter aux cas démontrant l'existence d'une intention frauduleuse. Nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de raison pour ne pas appliquer le droit commun par analogie, en référant à l'article 993 c.c.³²

«La fraude ou le dol est une cause de nullité lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties ou à sa connaissance sont telles que, sans cela, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé.»

Cette définition du Code Civil suppose la mauvaise foi, si l'on suit la référence des codificateurs à Pothier, sous cet article³³: «Lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument et essentiellement nul, [...] mais [...] vicieux [...], parce qu'il pèche contre la bonne foi qui doit régner dans les contrats»³⁴.

Quelles sont les situations où la fraude pourrait être alléguée et l'exception, peut-être, invoquée? S'agissant de crédit documentaire, il peut se produire que les documents soient falsifiés³⁵, ou qu'ils soient authentiques mais représentent une quantité de marchandises alors qu'il n'y en a pas du tout, ou qu'elles sont de qualité moindre (un peu ou beaucoup). On ne peut guère concevoir une fraude aux documents dans le cas de garantie à première demande, car même s'il y en a, ils émanent du bénéficiaire et ne sauraient donc être falsifiés par lui. Celui-ci peut toutefois appeler la garantie alors que le vendeur a totalement ou substantiellement exécuté ses obligations,

32. M. POMERLEAU, «La fraude du bénéficiaire du crédit documentaire irrévocable, étude comparative en droit commercial international», (1984) 44 *R. du B.* 113, 121, 126. Dans le cas où le bénéficiaire d'une obligation autonome en abuse, il peut en avoir eu l'intention dès la formation du contrat de base. Si l'idée lui est venue plus tard, ce ne serait pas un dol au sens de l'art. 993 C.C., mais ce pourrait être un acte frauduleux dans les circonstances. Voir *infra*, note 99.

33. E. DE BELLEFEUILLE, *Code Civil du Bas-Canada, augmenté des autorités citées par les codificateurs*, Montréal, Beauchemin et Valois, 1866, p. 234.

34. POTHIER, «Traité des obligations», in BUGNET, *Oeuvres de Pothier*, 2ème éd., Paris, Cosse et Marchal, Henri Plon, 1861, p. 19, no 29.

35. C'est-à-dire obtenus des autorités compétentes et ensuite maquillés, ou carrément imités.

ou qu'il lui a été impossible de ce faire par la faute même du bénéficiaire. Ces exemples n'épuisent pas les possibilités, mais donnent une idée du cadre des débats. Ils nous permettent de proposer une définition commune de la fraude: toute manoeuvre pratiquée par le bénéficiaire d'un crédit documentaire irrévocable, ou d'une garantie de bonne exécution ou à sa connaissance, dans le but de s'enrichir indûment aux dépens du donneur d'ordre³⁶. Les éléments essentiels sont la mauvaise foi et l'absence de droit. On aurait pu ajouter que la fraude est «toute manoeuvre [...] telle que, si elle le savait, la banque émettrice ou garante refuserait de payer». Mais ceci ne peut valoir qu'en cas de falsification connue de la banque; si les documents sont conformes, elle n'est pas censée regarder au-delà, à moins que la demande de paiement ne soit manifestement abusive³⁷.

Il est donc mal fondé de soutenir que la fraude s'analyse en fonction du rapport bénéficiaire-banque et non bénéficiaire-donneur d'ordre, comme fait un auteur³⁸. En effet, la banque a une responsabilité quant à l'examen de l'apparente conformité des documents³⁹, non pas même quant à leur authenticité⁴⁰ (sauf évidemment si elle a connaissance d'un faux). Nous citons plus haut un jugement selon lequel le principe d'autonomie tombe quand le contrat de base est si vicié que les buts de la séparation ne seraient plus servis par son maintien⁴¹. Or, quels sont ces buts en matière de crédit documentaire? Contrôle élémentaire de l'exécution des obligations du vendeur, par l'examen des documents remis au donneur d'ordre; garantie de sécurité du paiement au bénéficiaire⁴². En matière de garantie automatique: disponibilité immédiate des fonds au bénéficiaire, en cas de besoin; disponibilité des mêmes fonds au donneur d'ordre, jusqu'à l'appel de garantie⁴³. La banque n'est pas concernée par les buts de la séparation. Même s'il y a fraude, on ne peut lui demander de faire plus, de son propre chef, que de contrôler la conformité

36. M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 127.

37. J. THIEFFRY, C. GRANIER, *op. cit. supra*, note 30, p. 124.

38. P. TRUDEAU, *loc. cit. supra*, note 15, 209.

39. Règles et usances uniformes, art. 15; M. HANNANI, *loc. cit. supra*, note 9, 686.

40. *Id.*, art. 17.

41. *Intraworld Industries Inc. c. Girard Trust Bank*, *supra*, note 31.

42. F. EISEMANN, C. BONTOUX, *op. cit. supra*, note 4, p. 28, no 17.

43. Y. POULLET, *loc. cit. supra*, note 14, 388-389.

documentaire, s'il y a lieu⁴⁴. La fraude ne peut donc être définie comme étant pratiquée à son détriment, puisqu'on ne saurait la tromper sur quelque chose qui ne la regarde pas. Ceci ne veut pas dire que l'exception de fraude ne s'applique pas dans certaines situations où cependant la banque ne serait pas justifiée de trancher un litige en refusant d'exécuter son obligation, ainsi qu'on verra plus loin.

A — Garantie contractuelle

Peu abondante, la jurisprudence québécoise sur les engagements bancaires est relativement plus instructive que l'on ne croirait à première vue. Dans l'affaire *Lumcorp Ltd c. Canadian Imperial Bank of Commerce*⁴⁵, le demandeur, qui était exportateur de bois, avait obtenu une garantie contractuelle de la défenderesse en faveur de la banque de son client, laquelle garantissait la bonne exécution du contrat d'importation de ce dernier. Un différend naquit plus tard au sujet du montant du prix de vente, ce qui motiva le demandeur à retarder la livraison. Son co-contractant demanda le paiement de la garantie à sa banque, qui appela la défenderesse en contre-garantie. Ayant tenté vainement de résoudre ses difficultés avec l'acheteur, le vendeur introduisit une requête en injonction interlocutoire pour empêcher le paiement de la contre-garantie. Le tribunal rejeta la requête en soulignant que la lettre de garantie constitue «a bargain between the bank and the beneficiary», auquel le demandeur est étranger. «There is an absolute obligation imposed on the bank to pay, irrespective of any dispute which there may be between the principals»⁴⁶.

Il est intéressant de noter que dans ce jugement, c'est une autorité relative au crédit documentaire qui est invoquée à l'appui du principe affirmé d'autonomie:

«The opening of a confirmed letter of credit constitutes a bargain between the banker and the vendor of the goods, which imposes on the banker an absolute obligation to pay, irrespective of any dispute which there may be between the parties on the question whether the goods are up to contract or not»⁴⁷.

44. F. EISEMANN, C. BONTOUX, *op. cit. supra*, note 4, p. 110, no 157: «Pour des raisons techniques évidentes, l'acheteur peut seulement exiger que les banques rejettent les documents ne paraissant pas conformes aux conditions du crédit documentaire».

45. (1977) C.S. 993.

46. *Id.*, 995.

47. *Malas c. British Imex Industries Ltd* — (1958) 1 All E.R. 262, 263.

Or, la prétention du demandeur était justement qu'en l'espèce, il n'était pas question de savoir si les biens étaient «up to contract or not», car en fait «the goods have not been shipped»; et en matière de crédit documentaire, les interprètes les plus restrictifs de l'exception de fraude admettent qu'elle s'applique quand «no such goods were shipped at all»⁴⁸. Le juge refusa d'adopter cette façon de voir: «In the opinion of this Court, the rather fine distinction does not affect the principle involved»⁴⁹. N'est-ce pas nier la possibilité d'une exception au principe d'autonomie?

En réalité, il est clair que l'opinion de la Cour était bien fondée. En effet, si le donneur d'ordre d'un crédit documentaire peut réussir à le bloquer en plaçant la fraude, c'est parce qu'il est l'acheteur et qu'un défaut de livraison le frustre totalement de ses droits. Et l'occurrence, le donneur d'ordre est le vendeur et si les biens n'ont pas été livrés, c'est parce qu'il a décidé d'attendre le règlement de la dispute sur le prix. Ce n'est pas lui que le défaut de livraison peut désavantager et c'est pourquoi le juge était justifié de rejeter la prétention du demandeur. On voit ici l'inconvénient de mêler les principes du crédit documentaire à l'explication de ceux de la garantie contractuelle.

Dans l'affaire *B.G. Checo International Ltée c. B.N.P. Canada Inc. et TAVANIR*⁵⁰, la demanderesse avait conclu un contrat avec la défenderesse TAVANIR, prévoyant l'implantation, par B.G. Checo, d'un réseau de transmission d'énergie électrique en Iran, pays de TAVANIR⁵¹. Des garanties de bonne exécution avaient été fournies par une banque iranienne, laquelle se fit contre-garantir par la mise en cause, B.N.P. Canada⁵². Un expert-conseil fut nommé par la défenderesse pour servir d'intermédiaire, aux fins du contrat de base; ses décisions devaient lier les parties⁵³.

Le contrat d'implantation avait été conclu en 1974. Quelques années plus tard, la poursuite des travaux devenait impossible en raison des troubles politiques⁵⁴; bientôt la révolution força la deman-

48. S.H. VAN HOUTEN, «Letters of Credit and Fraud: a Revisionist View», (1984) 62 *R. du B.C.* 371, 379.

49. *Lumcorp Ltd c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, *supra*, note 45, 995.

50. J.E. 81-922 (C.S.).

51. *Id.*, p. 11.

52. *Id.*, p. 21.

53. *Id.*, p. 26.

54. *Id.*, p. 14-15.

deresse à évacuer ses employés⁵⁵. Or, ledit contrat contenait précisément une clause de force majeure, exonérant la demanderesse de toute responsabilité en cas de «*rebellion, revolution, insurrection or Civil war*», cependant qu'une autre clause lui donnait le droit de réclamer les coûts additionnels encourus par suite de ces événements⁵⁶; ce que B.G. Checo fit sans succès, l'expert désigné par la défenderesse n'arrivant même pas à la convaincre de payer le prix des travaux déjà accomplis⁵⁷.

TAVANIR finit par le renvoyer, et appela les garanties dont elle bénéficiait. B.N.P. Canada avisa la demanderesse qu'elle n'entendait pas s'immiscer dans ses relations contractuelles, et qu'elle accepterait donc les demandes de paiement de la banque iranienne⁵⁸. B.G. Checo intenta une action sur compte jointe à une demande d'injonction⁵⁹, en commençant par une requête en injonction interlocutoire qui fut accordée par défaut contre la défenderesse, la mise en cause déclarant s'en remettre à la justice⁶⁰.

Action et demande furent accueillies par le tribunal, qui, sans dire qu'il faisait exception au principe d'autonomie, motiva sa décision par la fraude du bénéficiaire:

«Si B.G. Checo a en tout temps respecté ses obligations en vertu du contrat [...] la défenderesse TAVANIR d'autre part a fait défaut de respecter les siennes et sa décision de rappeler les cautionnements ou garanties bancaires constitue [...] un abus de droit équivalant à fraude qui justifie la Cour d'intervenir sans hésitation. En effet [...] son rappel des cautions constitue un abus de droit flagrant, débordant le cadre des relations contractuelles qui avaient été envisagées par les parties», car «en raison des événements révélés par la preuve [...] les cautions ou garanties bancaires ne pouvaient être rappelées par la défenderesse qui se devait, au contraire, d'indemniser la demanderesse pour les coûts additionnels et imprévus»⁶¹.

La lecture de ce passage nous permet de particulariser notre conception de la fraude. Nous avons déjà souligné que cette exception

55. *Id.*, p. 28-29.

56. *Id.*, p. 12-13.

57. *Id.*, p. 24-26.

58. *Id.*, p. 27-28.

59. *Id.*, p. 10.

60. *Id.*, p. 8.

61. *Id.*, p. 30-32. L'emploi du terme «caution» en matière de garantie contractuelle est impropre quand celle-ci est indépendante du contrat de base, mais il est courant dans la pratique: M. HANNANI, *loc. cit. supra*, note 9, 642; L. POUDRIER-LEBEL, «Les engagements abstraits pris par le banquier» (1985) 19 *R.J.T.* 53, 63.

«must be [...] limited to situations [...] in which the wrongdoing of the beneficiary has so vitiated the entire transaction that the [...] purposes of the independence [...] would no longer be served»⁶², et nous avons détaillé les buts du principe d'autonomie, qui en fait se résument à adapter l'exécution des obligations du contrat de base aux conditions du commerce international. Le jugement que nous étudions énonce que la fraude constitue un abus de droit débordant le cadre des relations contractuelles envisagées au départ par les deux parties. De là, on peut dire que le but ultime de la règle d'autonomie n'est plus servi par le maintien de celle-ci, quand le bénéficiaire de l'obligation autonome s'en sert pour atteindre un autre but que l'exécution adaptée de ses droits en vertu du contrat de base.

Dans l'affaire qui nous intéresse, le donneur d'ordre n'était aucunement responsable des événements qui ont compromis la bonne exécution de l'oeuvre entreprise, que ce soit dans les faits ou en vertu de ce contrat. Ceci n'est pas censé être pertinent en regard du principe d'autonomie, mais le devient pour estimer le degré d'abus suffisant à déclarer l'existence d'une fraude. Dans cette optique, le comportement de la demanderesse est à comparer avec celui de la défenderesse bénéficiaire. Or, si la première n'a rien à voir dans les causes qui ont motivé le rappel des garanties en rendant impossible la réalisation de l'objet du contrat de base, les agissements de la deuxième ont contribué à aggraver cette impossibilité résultant des troubles politiques. D'abord, au moment de la révolution, une partie du contrat de la demanderesse avait été remplie et le prix en était dû, mais la défenderesse refusa toujours de le payer, ce qui aurait justifié l'autre partie de ne pas terminer les travaux, si elle avait pu les poursuivre. La défenderesse congédia d'ailleurs l'ingénieur qu'elle avait choisi et dont les décisions, à titre d'expert, devaient lier les parties quant à l'exécution du contrat, parce qu'il avait accueilli les réclamations de la demanderesse. Ce faisant, elle ne récusait pas simplement une décision particulière, mais elle empêchait que d'autres décisions soient prises à l'avenir, et elle agissait comme si le contrat ne devait pas être complété. Après avoir, en plus, violé la clause qui l'obligeait à indemniser la demanderesse pour les frais supplémentaires encourus par suite des événements précités, il était clair que le rappel des garanties n'était pas basé sur l'intérêt de la défenderesse à la bonne exécution du contrat, mais bien sur sa volonté d'en neutraliser les effets à propos du partage des coûts et responsabilités en cas de force majeure. L'usage de la

62. *Intraworld Industries Inc., c. Girard Trust Bank*, *supra*, note 31.

garantie à cette fin déborde évidemment le cadre contractuel, que cette même garantie doit plutôt consolider. Il y avait donc une fraude autorisant la mise à l'écart du principe d'autonomie.

Si l'on compare cette affaire avec les faits de la décision *Lumcorp Ltd*, on voit que le donneur d'ordre (Lumcorp) avait délibérément retardé l'exécution de ses obligations contractuelles, le prix était discuté mais non refusé par le bénéficiaire, et celui-ci appela les garanties en guise de pression exercée sur son partenaire. Bref, on était dans un contexte de négociation, en vue de la réalisation effective du contrat de base. B.G. Checo, au contraire, avait été forcée de se désister, TAVANIR se déroba à ses obligations, et son recours à la garantie tentait de corriger la situation créée par les clauses de force majeure et d'indemnisation. Bref, le bénéficiaire cherchait à échapper au contrat et non à le faire exécuter. Notons enfin la conception que la banque avait de son rôle, consciente que même s'il pouvait y avoir fraude, c'était au tribunal à l'empêcher de payer, et non à elle d'en décider⁶³.

B — Crédit documentaire

Dans l'affaire *Angelica Whitewear Ltd et Angelica Corp. c. Bank of Nova-Scotia*⁶⁴, il s'agissait de l'appel d'un jugement de la Cour Supérieure ayant accueilli l'action de l'intimée et rejeté la demande reconventionnelle des appelantes. Angelica opérait une manufacture de vêtements et en importait; pour assurer le paiement de ses commandes à un fournisseur asiatique, l'intimée émit un crédit irrévocable au montant de 350 000 \$, payable à retraits, aux conditions de présenter l'éventail documentaire habituel: certificat d'inspection, document de transport, facture commerciale...

Il se produisit qu'une des commandes donna lieu à une fraude caractérisée. Le fournisseur en retira 107 061 \$; or, ce prix équivalait à 10 fois la valeur de la marchandise que les documents représentaient. Toutefois, ceux-ci possédaient l'apparence de conformité requise par la banque qui désire garder sa responsabilité à couvert⁶⁵; celle-ci n'en assume aucune quant à leur exactitude⁶⁶. Néanmoins, cette situation aurait certainement pu ouvrir l'exception de fraude (la mauvaise foi du bénéficiaire étant manifeste), si ce n'est que le

63. *B.G. Checo International Ltée c. B.N.P. Canada Inc. et TAVANIR*, *supra*, note 50, p. 28.

64. (1985) C.A. 718.

65. Règles et usances uniformes, art. 7 (1962); art. 15 (1983).

66. *Id.*, art. 9 (1962); art. 17 (1983).

donneur d'ordre n'apprit la chose qu'une fois le paiement effectué, par un mémo reçu de l'intimée. Si la duperie pouvait être évidente, au vu des documents, pour Angelica, il n'en allait pas de même pour la banque, qui n'était pas un trafiquant en semblables matières. Les appelantes l'avisèrent de ce fait, et qu'une autre demande de paiement allait lui être présentée, sur la base d'une facture augmentée de 19 045,57 \$ en trop. Les documents, cette fois, présentaient quelques incohérences entre eux et avec les conditions du crédit. L'intimée déboursa quand même toute la somme qui lui fut réclamée à leur sujet: ce que voyant, les appelantes refusèrent de rembourser les deux retraits, obligeant ainsi la banque à les poursuivre. Au niveau de l'appel, Angelica accepta de satisfaire à la partie du jugement qui la condamnait à payer 107 061 \$, reconnaissant que si fraude il y avait eu, la banque ne l'avait pas su en temps utile⁶⁷, et que les documents étant conformes sa responsabilité était inattaquable.

Restait à savoir ce qui devait advenir de la partie de la demande reconventionnelle, touchant la commande gonflée de 19 045,57 \$. Le tribunal reconnut d'emblée le principe d'autonomie:

«À mon avis, le banquier n'a pas le pouvoir d'apprécier la validité des exigences du client» et il «n'assume pas l'obligation générale de déceler les manoeuvres dolosives pratiquées par des tiers contre le client», car «en principe les relations acheteur-vendeur existant entre le client et des tiers n'ont pas d'effet quant au banquier (art. 1023 C.C.)»⁶⁸.

Toutefois, cette indépendance du crédit documentaire ne signifie pas qu'il n'a pas ses propres règles:

«Comme le contrat qui nous concerne est fondé sur la confiance réciproque des parties, cette même confiance commande à chacune d'elles un minimum de précaution. Quant au banquier, ne doit-il pas s'assurer de la conformité du titre — dans le sens général du terme — avec l'ordre qu'il a reçu du client et qu'il a accepté?»⁶⁹

Ce devoir bancaire est, avant tout, formel:

«The duty of the issuing bank, which it may perform either by itself, or by its agent, the notifying bank, is to examine documents with reasonable care to ascertain that they appear on their face to be in accordance with the terms and conditions of the credit»⁷⁰.

67. C'est-à-dire par voie d'injonction interlocutoire ou de saisie avant jugement: M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 128-134.

68. *Angelica Whitewear Ltd et Angelica Corp. c. Bank of Nova-Scotia*, *supra*, note 64, 722. Les Règles et usances uniformes de 1962 s'appliquaient en vertu des dispositions de l'ordre d'ouverture du crédit: *Id.*, 721.

69. *Id.*, 721.

70. *Singh c. Banque de l'Indochine*, (1974) 2 All E.R. 754, 757-758 (P.C.).

Bien que le jugement réfère à l'autorité ci-dessus, il ne la cite pas et le sens qu'il donne à l'obligation de vigilance est quelque peu imprécis, comme on verra plus loin. Le fait est qu'en l'espèce, la banque avait payé sur la foi de documents apparemment non conformes. Fut-elle négligente ou crut-elle devoir ignorer les avis d'Angelica? Peut-être confondit-elle irrévocabilité et autonomie du crédit, pensant que les avertissements des appelantes étaient un ordre d'annulation qui ne pouvait être reçu, et qu'il fallait absolument passer outre pour protéger le principe de séparation du contrat de base. Évidemment, sans sortir de son rôle, elle aurait dû plutôt augmenter de prudence à l'examen des documents, après avoir été informée des manoeuvres du bénéficiaire⁷¹. Aussi, les appelantes prétendirent qu'en payant malgré les avis reçus, elle n'avait pas agi avec le soin raisonnable qui était prescrit à l'art. 7 des Règles et usances uniformes du temps; proposition que la Cour d'Appel accepta⁷².

À première vue, il est malaisé de discerner si le tribunal a fondé sa conclusion sur l'exception de fraude, sur la non-conformité documentaire, ou sur les deux. D'une part, il est clair que l'article 7 n'a trait qu'au devoir d'examiner les documents en vue de s'assurer qu'ils sont apparemment conformes. D'autre part, en disant que la méfiance de la banque aurait dû être éveillée par les avis d'Angelica, le tribunal fait référence à une affaire où la Cour Suprême a décidé que dans pareille situation, le devoir du banquier est de procéder aux vérifications qui lui permettront de ne pas se prêter à une fraude⁷³. On s'attendrait alors que la Cour d'Appel examine si les faits justifient d'introduire l'exception au principe d'autonomie, vu que ce principe est affirmé par elle et qu'il est généralement admis que l'exception doit être interprétée restrictivement⁷⁴. Or, le tribu-

71. Il arrive assez fréquemment qu'une banque ne refuse pas des documents non conformes, dans l'intérêt bien compris des parties au contrat de base; mais ceci suppose des relations harmonieuses entre elles, et l'intimée savait au moins que ce n'était pas le cas. F. EISEMANN, C. BONToux, *op. cit. supra*, note 4, p. 111, nos 158-159.

72. *Angelica Whitewear Ltd et Angelica Corp. c. Bank of Nova-Scotia*, *supra*, note 64, 723. Art. 7: «Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit».

73. *Carl B. Potter Ltd c. Banque Mercantile du Canada*, (1980) 2 R.C.S. 343, 347-348 (N.-E.). De même, le tribunal admet cet énoncé des appelantes: «If the bank, with knowledge of the fraud pays, it must also be liable» (p. 725).

74. «Exceptio est strictissimae interpretationis»: A. MAYRAND, *Dictionnaire de*

nal s'est contenté de ce que la banque ait ignoré les avis reçus. C'est donc se satisfaire de ce qu'il y ait eu absence de droit du bénéficiaire à la majoration du prix des marchandises, sans considérer la question de la mauvaise foi; et ce serait enlever toute portée réelle au principe d'autonomie, qui sert justement à assurer le paiement contre les aléas d'un procès incertain⁷⁵; mais ce serait aussi faire porter à la banque le poids d'une décision qui, même provisoire, appartient au juge. Il faut donc conclure que l'intimée a essentiellement eu tort de ne pas procéder à un examen attentif des documents, et d'autant plus qu'elle avait reçu un avis lui prouvant que sa cliente se méfiait du bénéficiaire. L'étude de cet arrêt met ainsi en lumière l'importance de démêler la différence entre le pouvoir judiciaire de lever le voile documentaire, et le pouvoir bancaire de refuser les documents non conformes⁷⁶.

Dans l'affaire *Européenne de Condiments S.A. c. Banque de Montréal*⁷⁷, la défenderesse avait émis un crédit irrévocable au bénéfice d'une société qui s'engageait à fonder une nouvelle compagnie. Avant qu'une demande de paiement ne soit présentée à la banque, celle-ci reçut un télex de la demanderesse, l'avisant de l'état de déconfiture de la société précitée, qui ne pouvait plus accomplir son engagement. Selon la demanderesse, qui était le donneur d'ordre, le crédit était caduc, son objet n'existant plus. D'ailleurs, le président de la bénéficiaire avait démissionné, et lui seul était habilité à négocier la lettre de crédit.

Comme dans l'affaire *Angelica*, il semble que la banque ait manqué de clairvoyance dans son appréciation des faits. En défense, elle alléguait que la lettre de crédit était irrévocable, confondant ce principe avec l'autonomie. Elle refusa de considérer l'impossibilité de réaliser le projet de compagnie, conformément aux termes du

maximes et locutions latines utilisées en droit, 2e édition, Cowansville, Éd. Yvon Blais inc., 1985, p. 76.

75. *Old Colony Trust Co. c. Lawyers Title and Trust Co.*, 297 F. 152, 155 (1924). Si toute simple violation des termes du contrat de base suffit à faire tomber l'autonomie du crédit documentaire, autant dire qu'il n'y a pas de séparation entre les deux et que la situation ne serait pas différente si le principe n'existait pas. X.T. DE MARSAC, *loc. cit. supra*, note 11, p. 153, no 6.

76. Pour sa part, la Cour suprême, en rejetant le pourvoi de la banque, a décidé que la preuve n'avait pas été faite que cette dernière était avisée de la seconde fraude au moment de payer le deuxième retrait, et que toute l'affaire était basée sur la non-conformité documentaire, sur laquelle *Angelica* avait attiré l'attention de la banque: (1987) 1 R.C.S. 59, 91, 93, 107.

77. (1985) C.S. 62.

crédit, qui l'obligeait à ne pas s'enquérir de l'exécution effective du contrat. Mais apparemment, elle ne retint que cet aspect, si bien qu'au moment où l'ex-président vint demander paiement du crédit, elle se satisfit d'une procuration de la bénéficiaire antérieure de 6 mois à la date de réception du télex de la demanderesse.

Le tribunal reconnut «le caractère absolu, irrévocable et sans réserve de la lettre de crédit», et «que la défenderesse se devait d'ignorer toute contestation, objection ou discussion au sujet de la créance dont le paiement était garanti par la lettre de crédit». Toutefois, ceci «n'a pas pour effet de dégager la défenderesse de son obligation de s'assurer que la demande de paiement était faite par la personne en faveur de qui la lettre de crédit a été émise». Cet arrêt est donc surtout, encore comme *Angelica*, l'illustration du devoir renforcé de vigilance du banquier avisé d'une situation qui devrait éveiller sa méfiance⁷⁸. Le jugement ne se prononce pas sur l'effet de l'impossibilité d'exécution du contrat de base. En principe, vu l'autonomie du crédit, celui-ci n'en est pas affecté. Mais il est certain qu'une demande de paiement présentée dans ces conditions serait manifestement frauduleuse et répondrait aux critères les plus stricts de la définition de l'exception⁷⁹. Il est vrai qu'en l'occurrence, la procédure intentée était une action en dommages-intérêts; or, on ne pouvait reprocher à la banque de ne pas s'être saisie de la question de fraude. Soulignons enfin que la lettre de crédit en cause était *sui generis*, n'étant pas conditionnelle à la présentation de documents, mais proprement à première demande. Il devenait alors d'autant plus impérieux de vérifier l'autorité de la personne qui se prétendait mandatée pour demander le paiement.

Contrairement aux décisions québécoises en matière de garanties contractuelles, celles qui portent sur des crédits documentaires ne nous avancent pas beaucoup dans la compréhension des éléments de l'exception de fraude. En revanche, elles montrent que si la banque aurait tort de jouer à l'arbitre entre les parties au contrat de base⁸⁰, elle ne peut pas pour autant négliger les indices d'abus de la part du bénéficiaire. Qu'il y ait vraiment fraude ou non, même si ce n'est pas à elle d'en juger, la banque couvrirait alors mieux sa res-

78. *Id.*, 64, 65. *Banque Toronto-Dominion c. Continental Insurance Co.*, (1982) C.S. 38, 44: «la bonne foi exigée d'un banquier dans ses relations avec les clients comporte nécessairement l'obligation d'agir prudemment et avec vigilance»; 46: «cette prudence et cette vigilance doivent être redoublées lorsque sa méfiance est éveillée».

79. X. TANDEAU DE MARSAC, *loc. cit. supra*, note 11, p. 161-162, no 16.

80. M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 126.

ponsabilité en ne se contentant pas de «l'apparence de conformité» demandée par les Règles et usances uniformes, mais en exigeant la «stricte conformité» requise par la jurisprudence, la doctrine⁸¹, et la pratique⁸². Cette possibilité et ce devoir qu'a la banque émettrice, de ne pas au moins faciliter la fraude du bénéficiaire, distinguent le crédit documentaire de la garantie à première demande, où la banque garante n'a pas de moyen de contrôle.

C — Principe fondamental

Les premiers principes de l'exception de fraude, finalement, doivent être cherchés dans ce qui a été nommé «l'arrêt classique» en ce domaine⁸³, et qui est considéré comme fondamental, tant pour l'institution de la lettre de crédit⁸⁴ que pour celle de la lettre de garantie⁸⁵, vu aussi la discrétion de la jurisprudence au Québec à ce sujet. Dans cette affaire, le demandeur avait pris une action pour empêcher la banque émettrice de payer la lettre de crédit qui devait servir à payer une commande de textile à un exportateur indien, car il soutenait que la marchandise qu'il avait reçue était sans valeur. Ceci, d'après lui, rendait frauduleux les documents présentés, en équivalant à ne pas représenter «*actual merchandise*». La banque remettante⁸⁶, co-défenderesse, plaida la conformité apparente des documents.

Déjà à cette époque, le principe d'autonomie était bien établi. Pour justifier d'excepter de cette règle générale, le tribunal fit la distinction entre la livraison de marchandises d'une qualité inférieure et celle de véritables déchets («*worthless rubbish*»), entre l'exécution imparfaite de la vente et la fraude active⁸⁷: «Where the seller's fraud has been called to the bank's attention before the drafts and documents have been presented for payment, the princi-

81. *Equitable Trust Co. of New York c. Dawson Partners Ltd.*, (1926) 27 Lloyd's L.R. 49, 52 (H.L.): «There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well»; J. STOUFFLET, *op. cit. supra*, note 2, p. 212, no 226.

82. Prise entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, la banque a intérêt à être minutieuse: G. MARAIS, *Du crédit confirmé en matière documentaire*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1953, p. 78, no 62.

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

84. S.H. VAN HOUTEN, *loc. cit. supra*, note 48, 379.

85. P. TRUDEAU, *loc. cit. supra*, note 15, 209.

86. Banque remettante: celle dont la banque émettrice du crédit a reçu les documents. Règles et usances uniformes, art. 16 d.

87. *Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp.*, *supra*, note 83, 634-635.

ple of independance should not be extended to protect the unscrupulous seller»⁸⁸. Cette fois-ci, il ne s'agit pas de dire que la banque doit être rendue plus vigilante à l'examen des documents ou vérifier le mandat des personnes qui lui réclament le paiement, comme dans les affaires précédentes. La Cour vise bien la levée du voile documentaire. Elle dit même que dans une situation de fraude telle qu'en l'espèce, la banque dûment avisée peut refuser le paiement⁸⁹. Il faut dire qu'ici, l'émetteur du crédit a été avisé de la fraude (ou plus exactement, des allégations de fraude) par l'action en justice du demandeur. Même sans injonction provisoire, cette circonstance devait l'inciter à surseoir au paiement, étant donné son obligation de prudence et de bonne foi⁹⁰. La banque ne se substitue pas alors au tribunal, il lui permet plutôt d'exercer son jugement.

Une des autorités appuyant la décision étudiée ci-dessus est toutefois plus large, en apparence, dans l'interprétation des effets de la fraude sur l'autonomie: «When the issuer of a letter of credit knows that a document, although correct in form, is, in point of fact, false or illegal, he cannot be called upon to recognize such a document as complying with the terms of a letter of credit»⁹¹. Certes, si le banquier a une connaissance personnelle et la preuve certaine d'une fraude ou d'une falsification, il serait de mauvaise foi envers le donneur d'ordre s'il payait ensuite le bénéficiaire; or, la bonne foi est à la base de son contrat avec le premier, comme de tout autre contrat; et la fraude, qui corrompt tout, corrompt également son obligation envers le second. La banque ne peut donc espérer de remboursement si elle ferme volontairement les yeux, mais il est facile à comprendre que des cas aussi patents sont assez rares.

Dans l'affaire *Old Colony Trust Co.*, où le demandeur avait poursuivi l'émetteur du crédit pour avoir refusé de le payer, il n'était pas question que les biens fussent sans valeur ou n'aient pas existé, et les documents présentaient l'apparence de conformité. L'institution financière avait seulement su que les biens n'avaient pas été encore entreposés contrairement aux termes du récépissé qui lui avait été remis en conformité aux exigences du crédit. Est-ce à dire qu'en règle générale, elle devrait tenir compte d'une telle information? Nous soumettons que si l'émetteur du crédit ne se contente pas d'une apparente conformité des documents, il exigera la stricte

88. *Id.*, 634.

89. *Id.*, 635.

90. *Banque Toronto-Dominion, c. Continental Insurance Co.*, *supra*, note 78.

91. *Old Colony Trust Co., c. Lawyers Title and Trust Co.*, *supra*, note 75, 158.

conformité, mais que le formalisme de son obligation de paiement ne lui impose pas de faire enquête sur la réalité représentée⁹². Dans des cas particuliers, ce peut être différent⁹³. Dans l'affaire que nous étudions, la Cour fit remarquer qu'en exigeant un récépissé d'entrepôt négociable, les conditions du crédit entendaient nécessairement requérir un document satisfaisant aux prescriptions légales. Or, la législation de l'état de New-York, où les biens avaient été livrés, stipulait qu'un récépissé de ce genre devait préciser la localisation de l'entrepôt où les marchandises étaient reçues. Elle criminalisait aussi l'acte du responsable d'entrepôt qui aurait délivré un tel document en sachant que les biens ne s'y trouvaient pas. Ces conditions ne s'imposaient pas au bénéficiaire en tant qu'obligations conventionnelles, mais statutaires et d'ordre public, et l'émetteur du crédit ne pouvait en faire abstraction⁹⁴. Nul n'étant censé ignorer la loi, on comprend alors que la méfiance du banquier ait été éveillée par l'information que celle-ci était violée par le client qui devait lui demander paiement, et que sa vigilance ait dépassé un simple examen des documents. Il était donc justifié de décider *proprio motu* de refuser de payer la lettre de crédit, en dépit de l'apparente conformité des documents. On voit bien cependant que le principe de cette décision ne peut pas être étendu à la généralité des situations de fraude⁹⁵.

L'étude des deux arrêts ci-dessus confirme la distinction des éléments de la fraude que nous proposons au début de cette partie, tout en apportant une précision. En différenciant «*intentional fraud*» et «*breach of warranty*»⁹⁶, le juge dans *Sztejn* montre que la simple violation d'un devoir contractuel ne suffit pas pour invoquer

92. *Singh c. Banque de l'Indochine*, *supra*, note 70, 758: «In the ordinary case visual inspection of the actual documents presented is all that is called for. The bank is under no duty to take any further steps».

93. *Ibid.*: «The instant case differs from the ordinary case in that there was a special requirement».

94. Au Québec, l'art. 1024 c.c. dit bien que les obligations d'un contrat s'étendent aux conséquences qui en découlent d'après la loi: *Banque de Montréal c. Procureur-général du Québec*, (1979) 1 R.C.S. 565, 571-572.

95. Dans l'affaire *United City Merchants (Investment) Ltd c. Royal Bank of Canada*, (1982) 2 All E.R. 720, 726-727 (H.L.), le tribunal a désapprouvé la conduite d'une banque qui avait refusé des documents conformes, pour le motif qu'elle était informée de la fausseté d'une déclaration qu'ils contenaient.

96. «Warranty: an assurance or promise by one party that a particular statement of fact is true and may be relied upon by the other party. In the law of sales, an express warranty is an assurance of quality.» *The Guide to American Law*, vol. 10, St. Paul, West Publishing Co., 1984, p. 301.

l'exception, mais qu'il faut aussi établir la mauvaise foi du bénéficiaire, ce qu'expriment les mots «*unscrupulous seller*». En pratique, la mauvaise foi se présume ici d'une exécution de la vente tellement déficiente qu'elle ne peut être d'un vendeur négligent ou qui essaie d'offrir une prestation minimale dans les limites de ses obligations⁹⁷. Par ailleurs, la seule inexécution d'une obligation légale impérative est suffisante, sans avoir à prouver la mauvaise foi. Dans l'affaire *Old Colony*, on l'a vu, les documents étaient authentiques⁹⁸ et conformes même s'ils contenaient une fausse déclaration, selon laquelle les marchandises étaient entreposées alors qu'elles ne l'étaient pas encore; mais cette déclaration avait été faite parce que le document en question devait être présenté avec les autres avant l'expiration de la période de validité du crédit, non pas parce que le bénéficiaire ne voulait pas entreposer les dites marchandises et les mettre à la disposition du donneur d'ordre. Cependant, la fraude à la loi requiert seulement l'intention de s'y dérober, et non celle de nuire à l'autre partie⁹⁹.

En somme, si la jurisprudence que nous avons commentée, en matière de crédit documentaire, indique à la banque de se méfier lors de l'examen des documents d'un bénéficiaire que le donneur d'ordre lui a dénoncé, c'est seulement quand une obligation légale s'ajoute aux conditions du crédit qu'elle peut vérifier les faits dont les documents font état, en rapport avec cette obligation. La banque pourrait également s'enquérir de l'identité ou de l'autorité d'une personne dont la signature est exigée sur un document¹⁰⁰, s'il est le seul nécessaire pour donner paiement au bénéficiaire¹⁰¹, ou si le seul document nécessaire est une autorisation de négocier le crédit ou la garantie au nom de celui-ci. Dans ce dernier cas au moins (il s'agirait alors d'un «*clean credit*» ou d'une garantie automatique), le

97. Dans ce cas précis, la mauvaise foi s'infère de l'infraction elle-même, parce que celle-ci est trop importante. Dans d'autres cas, la mauvaise foi peut tenir à un acte spécifique, comme la falsification d'un document attestant du respect d'une condition qui en fait n'a pas été remplie, même si, du point de vue de la vente, cette condition est de peu d'importance. Exemple: quantité et qualité telles que convenues au contrat de base, mais marque différente de ce qui est indiqué au crédit.

98. C'est-à-dire qu'ils émanaient bien des autorités qui devaient les délivrer.

99. «Fraude: fait accompli avec l'intention de porter atteinte aux intérêts d'autrui OU de se soustraire à l'application d'une règle de droit.» (majuscules ajoutées) *Dictionnaire de droit privé*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1985, p. 96.

100. Exemple: *Singh c. Banque de l'Indochine*, *supra*, note 70.

101. Exemple: garantie documentaire (rapport d'expert).

pouvoir bancaire de dépasser exceptionnellement le formalisme peut devenir un devoir¹⁰². Dans tous les cas, l'exception doit être soulevée avant que le paiement ait été effectué¹⁰³; après, la situation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire n'est pas différente de ce qu'elle aurait été si la banque n'était pas intervenue¹⁰⁴, et si cette dernière a respecté l'obligation de vigilance que son engagement et les circonstances pouvaient lui imposer, sa responsabilité est sauve¹⁰⁵. À ce propos, le donneur d'ordre ne doit pas oublier de soulever l'exception par voie judiciaire. Sinon, il oblige seulement le banquier à être plus prudent dans le cours d'exécution de la même obligation autonome, à moins que son intention ne soit d'attirer l'attention de la banque sur les hypothèses où elle devrait faire enquête.

III — LES ESPÈCES DE FRAUDE

Même si elles font l'objet d'une réglementation particulière dans certains États¹⁰⁶, les obligations autonomes sont avant tout une création de la pratique du commerce international¹⁰⁷. En principe, l'élaboration de Règles uniformes devrait entraîner l'application universelle de principes identiques. En pratique, celles de la Chambre de Commerce Internationale pour les garanties contractuelles ont rencontré peu de faveurs, parce qu'elles excluent les garanties automatiques¹⁰⁸. L'utilisation de celles pour les crédits documentaires est beaucoup plus généralisée¹⁰⁹, mais leur interprétation peut

102. Comme dans *Européenne de condiments S.A. c. Banque de Montréal*, *supra*, note 77.

103. *Henderson c. C.I.B.C.*, (1983) 40 B.C.L.R. 318, 320 (S.C.).

104. C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *loc. cit. supra*, note 3, p. 22, no 31.

105. *Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp.*, *supra*, note 83, 634. La banque aurait toutefois un droit d'agir en répétition contre le bénéficiaire coupable de fraude: M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 134. Si tel est le cas, le donneur d'ordre devrait pouvoir se retourner contre elle pour le même motif, puisque si l'action de la banque réussit, sa dette envers le bénéficiaire n'existe plus, mais celle du donneur d'ordre envers elle non plus.

106. Par exemple, dans une certaine mesure, aux États-Unis: M. KURKELA, *Letters of Credit under International Trade Law*, New York, Oceans Publications Inc., 1985, p. 42-50; L. SARNA, «Letters of Credit: Bankruptcy, Fraud and Identity of Parties», (1986) 65 *R. du B.C.* 303, 304-305 (numéro spécial sur le droit bancaire).

107. D. DESJARDINS, «Le banquier et les ventes internationales», (1982) *Meredith Memorial Lectures* 131, 146.

108. P. TRUDEAU, *loc. cit. supra*, note 15, 176.

109. F. EISEMANN, C. BONToux, *op. cit. supra*, note 4, p. 18, no 2.

donner lieu à des variations, si les tribunaux d'un État considèrent ces règles dans une optique juridique nationaliste¹¹⁰. En ce qui concerne notre sujet principal, la fraude est une notion unanimement invoquée mais dont la portée reste à délimiter¹¹¹, et en fait cette notion même semble celle du droit commun¹¹². Ce sont donc les contraintes de l'autonomie qui limitent sa portée, autant que les effets de l'autonomie sont limités par elle. Il y a trois niveaux auxquels on peut questionner l'interférence de ces deux principes: soit au cas de fraude grossière, de fraude intentionnelle, ou de simple infraction contractuelle. La première se rencontre quand les documents sont falsifiés ou que le bénéficiaire n'a pas exécuté son obligation contractuelle envers le donneur d'ordre, mais qu'il se prévaut tout de même de l'obligation bancaire autonome¹¹³. Dans ce dernier cas, l'indépendance du crédit documentaire tombe quasi certainement¹¹⁴, mais c'est moins sûr pour la garantie de bonne exécution; souvent le tribunal dira qu'il s'agit seulement d'une dispute contractuelle, où les parties se rendent les coups¹¹⁵. Pour qu'il y ait mauvaise foi jointe à l'absence de droit, le bénéficiaire de la garantie devra avoir posé un geste qui démontre qu'en fait, la bonne exécution du contrat lui est indifférente¹¹⁶.

La fraude intentionnelle ne heurte pas aussi carrément le contrat de base que la grossière: les documents sont authentiques mais ils contiennent de fausses déclarations¹¹⁷, ou bien le bénéficiaire a exé-

110. *Id.*, p. 21, no 7. Ceci va à l'encontre du but même de l'uniformisation. Dans l'affaire *Angelica*, les réserves de la Cour d'Appel sur le «droit comparé» ont été critiquées en Cour suprême: *supra*, note 76, 82-83.

111. M. HANNANI, *loc. cit. supra*, note 9, 700.

112. M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 120-121.

113. S.H. VAN HOUTEN, *loc. cit. supra*, note 48, 379.

114. *Henderson c. C.I.B.C.*, *supra*, note 103 (demande de paiement d'un crédit documentaire, par le syndic à la faillite d'une compagnie qui ne pouvait plus produire les spectacles que ce crédit devait payer).

115. *Harbottle Ltd c. National Westminster Bank*, (1978) 1 Q.B. 146, 151, 155 (le vendeur avait consenti une garantie limitée dans le temps, sous condition que l'acheteur paierait par lettre de crédit; celui-ci n'était pas satisfait de la durée de validité et menaçait: «*extend or pay*», tandis que le vendeur exigeait d'abord que le crédit soit émis). Aussi: *Edward Owen Ltd c. Barclays Bank*, (1978) 1 Q.B. 159, 173 (C.A.).

116. Voir les faits de *B.G. Checo International Ltée c. B.N.P. Canada Inc. et TAVANIR*, *supra*, note 50.

117. *Old Colony Trust Co. c. Lawyers Title and Trust Co.*, *supra*, note 91; C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *loc. cit. supra*, note 3, p. 15, no 17.

cuté son obligation mais sa prestation n'est pas du tout à la mesure de celle du donneur d'ordre¹¹⁸. Cette notion peut s'énoncer clairement, mais il est clair également que c'est surtout elle qui pose problème, car concrètement il s'agit d'une question de degré. Enfin, il est acquis que l'exécution défectueuse d'un devoir contractuel du bénéficiaire, envers le donneur d'ordre, ne suffit pas pour atteindre l'autonomie de l'obligation bancaire¹¹⁹, que ce soit en matière de crédit¹²⁰ ou de garantie¹²¹.

A — À la transaction documentaire

La falsification des documents est une fraude spécifique surtout au crédit documentaire, puisque la garantie de bonne exécution la plus courante est la garantie automatique¹²². Nous avons suffisamment établi, dans les deux premières parties de ce travail, quel type d'examen la banque est tenue de faire subir aux documents, quand et comment elle doit se mettre en garde. Nous avons aussi souligné que la banque, en vérifiant l'apparence de conformité, n'encourt pas de responsabilité quant à la vérité des faits déclarés¹²³, et que c'est au donneur d'ordre de soulever ce moyen, s'il y a lieu¹²⁴. La fausseté, qui n'est pas une falsification, est incontestablement une fraude à l'encontre du donneur d'ordre, mais n'habilite pas la banque à refuser le paiement¹²⁵, sauf les exceptions suggérées plus haut.

118. C'était le cas dans *Sztejn c. J. Henry Schroder Banking Corp.*, *supra*, note 83.

119. Par exemple, dans *Edward Owen Ltd c. Barclays Bank*, *supra*, note 115, 165, le bénéficiaire de la garantie devait payer par crédit confirmé, mais en avait plutôt fourni un notifié. On peut prétendre que son obligation essentielle étant de payer par lettre de crédit, son infraction équivalait à une exécution défectueuse, ce qui exclut la fraude grossière (qui supposerait un refus de payer) ou intentionnelle (qui supposerait un paiement moindre que convenu). De fait, ni l'une ni l'autre n'ont été reconnues par le tribunal.

120. H. HARFIELD, «Enjoining Letter of Credit Transactions», (1978) 95 *Banking L.J.* 596, 600-601.

121. M. CABRILLAC, B. TEYSSIÉ, «Crédits et titres de crédit», (1982) 35 *Rev. trim. drt com. et drt écon.* 268, 281, no 15.

122. Voir *supra*, note 22.

123. Règles et usances uniformes, art. 17.

124. E.P. ELLINGER, «Fraud in Documentary Credits Transactions», (1981) *J. Bus. L.* 258, 265.

125. *Asbury Park and Ocean Grove Bank c. National City Bank*, 35 N.Y.S. 2d 985, 989 (1942).

C'est l'étendue de cette fraude que l'arrêt *United City Merchants* est venue restreindre, en la limitant aux cas où le bénéficiaire sait que les documents qu'il présente contiennent une assertion contraire à la réalité¹²⁶. Dans cette affaire, le vendeur bénéficiaire d'un crédit irrévocable devait présenter à la banque un document attestant que les biens avaient été expédiés au plus tard le 15 décembre 1976. En fait, le transporteur les avait embarqués le 16, mais les courtiers qui délivraient ce genre de documents y inscrivaient la date du 15. La banque refusa toutefois d'effectuer le paiement, car il manquait dessus une notation particulière, laquelle devait aussi être du 15 décembre ou avant. Le transporteur revint présenter un nouvel ensemble de documents parfaitement en ordre; mais la banque refusa encore de s'exécuter, disant qu'elle était informée que la livraison n'avait pas été effectuée selon les termes des documents qu'on lui soumettait¹²⁷.

Cette décision définit comme suit l'exception de fraude: «where the seller [...] presents to the confirming bank documents that contain [...] material representations of fact that to his knowledge are untrue». La justification de ce point de vue se trouve dans le fait que le bénéficiaire ignorait tout, apparemment, des péripéties documentaires de sa marchandise. Il aurait été la victime des agissements de tiers; il ne devait pas en subir les conséquences. Ainsi l'obligation bancaire demeurerait autonome et formaliste, et lui pouvait en réclamer le bénéfice.

Aussi convenable que soit ce jugement en regard des faits de la cause, il ne reste pas moins critiquable à un double titre. D'abord, en excluant la participation des tiers du domaine de l'exception à l'autonomie, il encourage quasiment les complots de fraude entre complices dont l'un, le bénéficiaire, pourrait toujours invoquer son ignorance s'il est le moins prudent¹²⁸. Ensuite, en limitant la

126. *Supra*, note 95, 725. En fait, il faut même dire que si le principe de l'exception à l'autonomie a déjà été reconnu en Angleterre: *Discount Records Ltd c. Barclays Bank Ltd*, (1975) 1 W.L.R. 315, 319 (Ch. D.), il n'a cependant jamais été appliqué: P. TRUDEAU, *loc. cit. supra*, note 15, 210. Sur l'affaire *United City Merchants*: L. SARNA, *loc. cit. supra*, note 106, 318-323.

127. *United City Merchants (Investment) Ltd c. Royal Bank of Canada*, *supra*, note 95, 723-724.

128. M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 124. La définition de la fraude, proposée au début de la deuxième partie de ce texte, inclut toute manoeuvre pratiquée par le bénéficiaire ou à sa connaissance, ce qui, à notre avis, est un cadre plus large que l'obligation de prouver sa connaissance de la fausseté du contenu des documents.

fraude aux assertions frauduleuses dans les termes du crédit, il rend l'exception pratiquement inopérante dans la mesure où des considérations importantes (comme la qualité des biens) ne sont pas toujours mentionnées dans la lettre de crédit, et notamment s'il s'agit d'un «*clean credit*»¹²⁹.

Par ailleurs, on peut voir dans cette affaire un autre épisode de l'histoire de la perception du rôle des banquiers par eux-mêmes, dans des situations incertaines. Entre la première et la seconde présentation des documents, la communication s'était établie entre le donneur d'ordre et la banque, et celle-ci avait reçu instruction de ne pas honorer la demande de paiement¹³⁰. Ainsi, la banque s'était laissée entraîner à ce qui ne peut être (la plupart du temps) qu'un jeu dangereux pour elle: prendre la place d'un juge sans avoir l'autorité légale de trancher un litige; sortir de sa neutralité en courant le risque d'y engager sa responsabilité. Dans *Harbottle*, en comparaison, la banque avait fait réaliser à son client qu'il se devait de veiller lui-même au respect de ses droits par les voies judiciaires¹³¹. On comprend alors que la Chambre des Lords ait insisté sur l'obligation que la banque a de payer le crédit documentaire, nonobstant la connaissance qu'elle a, par le donneur d'ordre, d'un défaut du bénéficiaire¹³².

D'un autre côté, ne peut-on dire qu'au moment où la banque a reçu les «nouveaux» documents portant la date du 15 décembre, alors que cette date était déjà dépassée quand les premiers avaient été refusés, ladite banque ne pouvait faire autrement que soupçonner une fraude? Il s'agit de savoir si elle était pour autant autorisée à faire prévaloir son avis ou celui du donneur d'ordre. Nous avons déjà soutenu que c'est le cas si elle en est convaincue et peut le démontrer aux yeux de tous. De tels soupçons ne font peut-être pas une preuve suffisante, car ils sont sérieux mais pas indiscutables.

129. *Henderson c. C.I.B.C.*, *supra*, note 103, 321. En cas de livraison de biens sans valeur, si la qualité n'était pas mentionnée dans les conditions du crédit, ce serait une fraude au contrat de base; si elle l'était, ce serait aussi une fraude à la transaction documentaire.

130. *The "American Accord"*, (1979) 1 *Lloyd's L.R.* 267, 272 (Q.B.).

131. *Supra*, note 115, 151.

132. *United City Merchants (Investment) Ltd c. Royal Bank of Canada*, *supra*, note 95, 725.

B — Au contrat de base

La contre-partie du bénéficiaire d'un crédit documentaire est constituée par la présentation de documents, remis à la banque et finalement au donneur d'ordre. L'existence de cette contre-partie offre une certaine protection à ce dernier, et pourrait justifier l'opinion de limiter la fraude aux documents. Mais une telle protection fait défaut aux garanties de bonne exécution à première demande (les plus répandues), ce qui rend nécessaire le recours à l'exception de fraude au contrat de base, en vue de protéger la bonne foi des parties; d'ailleurs ce recours est déjà autorisé en crédit documentaire¹³³.

La fraude grossière ne devrait pas être la norme à satisfaire. On ne doit pas oublier que l'arrêt fondamental sur toute cette question est l'affaire *Sztejn*. Or, comme nous avons pu le constater lorsque nous l'avons étudié dans la deuxième partie, l'exception y fut reconnue pour un cas de fraude majeure, mais non de l'espèce grossière: documents authentiques (non pas falsifiés), livraison effective (non pas refusée), mais de biens sans valeur¹³⁴. Il suit de là que les décisions postérieures qui ont restreint la portée de l'exception n'étaient peut-être pas fondées à le faire en se basant sur cet arrêt¹³⁵.

De la même façon, un certain courant de jurisprudence et de doctrine a imposé l'idée que la preuve de la fraude alléguée doit la faire apparaître claire ou démontrée («*clear or established*»)¹³⁶, et ce même au niveau d'un recours interlocutoire¹³⁷. L'importance d'une procédure de cet ordre est facile à comprendre, dans un contexte où le donneur d'ordre doit agir rapidement, afin de prévenir le paiement par la banque. À ce stade, par nature, les questions de fond ne sont pas vidées. Si, dans le domaine des obligations autonomes, le caractère exceptionnel du principe de la fraude peut forcer le juge du procès à exiger une qualité élevée de preuve, il n'en demeure pas

133. M. HANNANI, *loc. cit. supra*, note 9, 705.

134. Voir les commentaires de S.H. VAN HOUTEN, *loc. cit. supra*, note 48, 386-387.

135. Par exemple, dans *Discount Records Ltd c. Barclays Bank Ltd*, *supra*, note 126, *Sztejn* n'est cité que pour en distinguer les faits de ceux de l'espèce.

136. F. EISEMANN, C. BONToux, *op. cit. supra*, note 4, p. 102, no 139; p. 126, no 182.

137. *Harbottle Ltd c. National Westminster Bank*, *supra*, note 115; *Edward Owen Ltd c. Barclays Bank*, *supra*, note 115, 170; *Lumcorp Ltd c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, *supra*, note 45, 995; *Discount Records Ltd c. Barclays Bank Ltd*, *supra*, note 126, 319.

moins que pour un interlocutoire, ces considérations ne devraient pas mettre en jeu le droit du donneur d'ordre à protéger sa créance¹³⁸. D'ailleurs, comme le dit un juge ontarien: «it is not logical to refer to 'established fraud' or 'clear fraud' on an interlocutory motion where the Court has not seen or heard the parties». En l'espèce, «a good *prima facie* case of fraud» fut jugé suffisant¹³⁹. Dans une autre décision canadienne, c'est un critère de «strong *prima facie* case of fraud» qui fut utilisé¹⁴⁰. Ces façons de concevoir la question du degré de preuve nous ramènent familièrement au droit commun de l'injonction selon le Code de Procédure Civile. L'art. 752 suppose que celui qui demande une injonction interlocutoire «paraisse y avoir droit» et qu'elle soit nécessaire pour éviter un préjudice sérieux ou irréparable, ou un état de choses qui s'opposerait à l'exécution efficace du jugement au fond. Dans le langage de nos tribunaux, l'apparence de droit signifie que le demandeur doit en établir «une preuve *prima facie* suffisamment convainquante»¹⁴¹.

L'importance des moyens interlocutoires ne peut être sous-estimée si l'on veut exercer efficacement l'exception de fraude contre l'exécution de l'obligation bancaire. En effet, il a déjà été exposé qu'après le paiement, c'est trop tard. Le courant favorable à l'exigence d'une fraude claire ou manifeste devrait au moins être tempéré quand il s'agit de garanties de bonne exécution, vu que dans la plupart d'entre elles, le donneur d'ordre est mal protégé contre le risque de mauvaise foi du bénéficiaire¹⁴². Enfin, remarquons que si l'on veut procéder à la saisie avant jugement du crédit ou de la garantie au lieu de requérir une injonction interlocutoire, il faut savoir que les conditions de la première (art. 735 C.P.C.) sont plus exigeantes que celles de la seconde (art. 753 C.P.C.)¹⁴³.

138. M. POMERLEAU, *loc. cit. supra*, note 32, 129-130.

139. *Rosen c. Pullen*, (1982) 126 D.L.R. 3d 62, 72 (Ont. H.C.).

140. *C.D.N. Research and Development Ltd c. Bank of Nova-Scotia*, (1981) 18 C.P.C. 62, 65 (Ont. S.C.). Dans cette affaire, il s'agissait de la fraude du bénéficiaire d'une garantie automatique; dans la précédente, d'un crédit documentaire.

141. *Nasgovitz c. Canadian Merrill Ltd*, (1980) C.S. 375, 386. Aussi: *Dupuis c. Les Contenants Sanitaires C.S. Inc.*, (1979) C.S. 414, 420: «[...] un droit *prima facie* apparent et suffisamment clair [...]».

142. M. HANNANI, *loc. cit. supra*, note 9, 709.

143. *Commission du Salaire Minimum c. Pilkington Glass Ltd*, (1972) C.S. 35, 37.

CONCLUSION

Les cas d'ouverture à l'exception de fraude

Dans la première partie de ce travail, nous établissions nettement la distinction entre ces institutions juridiques originales que sont le crédit documentaire, spécialement irrévocable, et la garantie de bonne exécution, spécialement à première demande. Dans la deuxième partie, nous avons même pu constater le non-sens où risquait d'aboutir l'application des principes de l'un à l'explication de ceux de l'autre.

D'autre part, dès le début de ce travail également, nous avons pu nous rendre compte que la notion d'autonomie reste fondamentalement la même sous le régime de l'une ou l'autre institution. De la même façon, la conception qu'on peut avoir de la fraude, qui constitue l'exception à cette règle, est commune aux deux. La manière dont cette conception est actualisée et reconnue à travers chacune permet de voir les différences qui tiennent à leurs caractéristiques respectives. Par exemple, on peut dire qu'en somme l'existence d'une fraude est chose relativement facile à prouver pour un crédit documentaire; il suffit d'établir que l'inexécution des obligations du bénéficiaire est assez importante, parce que le droit du vendeur au paiement dépend directement de leur accomplissement. Le caractère de subsidiarité de la garantie d'exécution rend les choses moins simples; en effet, si elle ne saurait valablement servir à autre chose qu'assurer la réalisation du contrat de base, il est admis de l'utiliser comme moyen de pression sur l'autre partie. Au lieu d'être alors une question de degré d'inexécution, la fraude est plutôt liée aux circonstances de cette inexécution.

Quant au banquier, il doit essentiellement saisir la différence entre son office et celui de juge, tout en étant conscient que son devoir de neutralité ne peut pas couvrir la mauvaise foi. En outre, il doit ajuster sa prudence aux événements, et faire la distinction entre les cas où sa méfiance est éveillée et où il doit ne tolérer aucune irrégularité, et ceux où il pourrait, en plus, faire sa propre enquête. Ceci sort la banque de son rôle d'intermédiaire étranger aux conventions sous-jacentes à son activité de financement, et menace ainsi les fondements de l'obligation autonome. Elle ne devrait donc pas en sortir pour faire la police du contrat et représenter les intérêts d'une autre partie ou même les siens, mais uniquement pour préserver la confiance qui est à la base de ses relations d'affaires, en posant les actes qui sont nécessaires, dans un cas précis, pour ne pas être taxée de mauvaise foi si elle paie le bénéficiaire.