

SOIN RAISONNABLE ET CRÉDIT DOCUMENTAIRE

Jamel Baccar

Volume 17, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069303ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069303ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Baccar, J. (2004). SOIN RAISONNABLE ET CRÉDIT DOCUMENTAIRE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(1), 127–141.
<https://doi.org/10.7202/1069303ar>

Article abstract

The question of the standard required for the examination of documents presented in a documentary credit transaction has been the source of much controversy. To decide in favor of a flexible standard or a rigid one has divided the doctrine as well as the case law for many years.

The reasonable care standard conceived as an adequate solution to the problem has, since the 1962 reform, been inserted into the Uniform Customs and Practices. It was revealed to be unsatisfactory. This standard has, as a result of its elasticity, lead to subjective divergent or even contradictory interpretations.

The International Chamber of Commerce has suggested the necessary remedies in order to overcome the weaknesses of the reasonable care standard. The different remedies proposed have been criticized and have unfortunately failed.

The analysis of this question allows us to conclude that only an objective standard is liable to definitively solve the question of compliance examination in documentary credit transactions, which is a standard that is still aspired to.

SOIN RAISONNABLE ET CRÉDIT DOCUMENTAIRE

Par Jamel Baccar^{*}

La question du standard requis pour l'examen des documents présentés dans le cadre d'un crédit documentaire était et continue d'être à l'origine d'une grande controverse. Opter pour un standard souple ou un standard rigide a fait diviser la doctrine ainsi que la jurisprudence depuis longtemps.

Le standard du soin raisonnable imaginé comme solution adéquate au problème, et inséré au sein des Règles et Usances Uniformes Relatives aux Crédits Documentaires depuis la réforme de 1962, s'est avéré insatisfaisant. Il prête, par son élasticité, à des interprétations subjectives divergentes voire contradictoires.

La Chambre de Commerce Internationale n'a pas tardé à apporter les correctifs nécessaires afin de combler les faiblesses du standard du soin raisonnable. Les différents correctifs proposés n'ont pas échappé à la critique et ont été voués à l'échec.

L'étude de cette question permettra de conclure que seul un standard objectif est susceptible de résoudre de façon définitive la question de l'examen de la conformité des documents, standard qui demeure toujours souhaitable.

The question of the standard required for the examination of documents presented in a documentary credit transaction has been the source of much controversy. To decide in favor of a flexible standard or a rigid one has divided the doctrine as well as the case law for many years.

The reasonable care standard conceived as an adequate solution to the problem has, since the 1962 reform, been inserted into the Uniform Customs and Practices. It was revealed to be unsatisfactory. This standard has, as a result of its elasticity, lead to subjective divergent or even contradictory interpretations.

The International Chamber of Commerce has suggested the necessary remedies in order to overcome the weaknesses of the reasonable care standard. The different remedies proposed have been criticized and have unfortunately failed.

The analysis of this question allows us to conclude that only an objective standard is liable to definitively solve the question of compliance examination in documentary credit transactions, which is a standard that is still aspired to.

* Avocat au barreau de Tunis, Tunisie, doctorant à l'école doctorale Sciences de l'entreprise de Toulouse, France. Contact : jamelbaccar@yahoo.fr.

La question de l'examen des documents, dans les transactions financées par crédit documentaire, constitue la phase clef de toute l'opération. Certains parlent de « moment difficile, minute de vérité »¹. C'est à ce moment que l'intérêt grandissant de cette technique, considérée comme étant « *the life blood of international commerce* »², se manifeste. En effet, c'est là où la garantie de bonne exécution du marché est censée être vérifiée et le paiement effectué. C'est également à ce moment que les intérêts opposés des parties commerciales se rencontrent, dans l'attente de la décision, prise par le banquier, sur le sort de l'opération. Cette prise de décision est, pour le banquier, sans nul doute, une tâche difficile où le risque de la moindre faute ou inattention peut lui faire subir une responsabilité très lourde.

L'épineux problème qui se posait était de connaître le standard requis pour mesurer la conformité des documents stipulés dans le crédit. Tout le problème tournait autour du choix entre un examen de conformité *absolument sévère* et un examen de conformité *assoupli*.

La réponse était à l'origine d'une grande controverse. Elle a troublé les juristes, partout dans le monde, pendant des années. L'histoire de la réglementation du crédit documentaire en fait la preuve.

Le premier texte qui réglementait la matière a été promulgué par la Chambre de commerce internationale (CCI) en 1933³. Il était si vague sur la question du standard de conformité requis qu'il n'a même pas précisé que l'examen de conformité porte sur l'apparence des documents uniquement⁴, conséquence inéluctable de l'autonomie du crédit par rapport au contrat commercial sous-jacent. Les rédacteurs des RUURCD ont profité de la réforme de 1951 pour remédier à cette carence⁵. Ainsi, il ne faisait plus aucun doute que le banquier n'était censé examiner que les documents, à l'exclusion des marchandises ou services⁶. Cependant, les termes de cette rédaction ont fait planer beaucoup d'incertitude sur le standard envisageable pour mesurer la conformité des documents. Le critère consacré à l'article 9, si imprécis soit-il, prêtait à confusion entre le standard de conformité stricte et celui de conformité substantielle. Ce vide juridique attisera le feu de la controverse. Des

¹ André Boudinot, *Pratique du crédit documentaire*, Paris, Sirey, 1976 à la p. 156, n° 3.

² *Power Curber International Ltd. v. National Bank of Kuwait S.A.K.*, (1981) 2 Lloyd's L.R. 394 à la p.400.

³ Il s'agit du texte appelé « Les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ». Il sera désigné ici comme « RUURCD ». La première version a été approuvée lors du VII^e Congrès de Vienne de la Chambre de commerce internationale du 29 mai au 3 juin 1933. Elle a été publiée dans la brochure Chambre de commerce international, *RUURCD*, n° 082, Paris, Publication CCI, 1933.

⁴ *Ibid.*, art.10: « Le banquier doit examiner *soigneusement* les documents pour s'assurer qu'ils revêtent le caractère de régularité voulue » [nos italiques].

⁵ Ainsi, l'article 9 de la brochure CCI n° 151, approuvée au Congrès de Lisbonne en juin 1951 présentait une innovation par l'introduction du terme « apparemment ». Il disposait que : « Les banques devront examiner *soigneusement* les documents pour s'assurer qu'ils présentent *apparemment* le caractère de régularité voulue » [nos italiques]. Chambre de commerce internationale, *RUURCD*, n° 151, Paris, Publication CCI, 1951, art. 9.

⁶ Voir notamment Cass. com., 24 novembre 1987, D.1988. Jur. 265 (voir note Vasseur); voir plus récemment Cass. com., 18 novembre 1998, J.C.P. 1998. IV. 1004; voir aussi *Philadelphia Gear Corp. v. Central Bank*, 717 F. 2d 230 (5^e Cir. 1983).

pratiques bancaires, des positions jurisprudentielles et doctrinales divergentes, voire contradictoires, ont vu le jour. Le nombre de présentations refusées fut ascendant et donc alarmant⁷. La Commission des techniques et pratiques bancaires de la CCI est alors intervenue afin de mettre un terme à la controverse, à l'occasion de la réforme de 1962. Elle a opté pour un standard de conformité « raisonnable »⁸. L'insertion de ce standard au corps des RUURCD de 1962 fut maintenue par la suite, dans les réformes de 1973⁹, de 1983¹⁰ et dans la dernière en date de 1993¹¹.

Il est possible de définir le « soin raisonnable » comme

l'état d'esprit qui doit animer le banquier au moment du contrôle, qui est entre la souplesse et la rigidité et qui lui accorde une marge d'appréciation large pour juger de la conformité ou de la non-conformité des documents.

Cette nouveauté fait désormais peser sur le banquier un devoir de diligence ou d'intelligence lors du contrôle de la conformité¹². Il doit dorénavant contrôler les documents de manière professionnelle¹³. Il engagera sinon sa responsabilité contractuelle¹⁴. Malgré la rigueur de la sanction, la tâche du banquier n'est pas aisée dans ce domaine de sables mouvants. C'est ce que la doctrine met en exergue en écrivant : « il n'en reste pas moins que leur tâche est délicate et que leur attention doit être constamment en éveil »¹⁵.

Les rédacteurs des RUURCD avaient cru apporter la solution adéquate et pensaient réussir à définir une solution équilibrée faisant parfaite synthèse entre

⁷ Le taux des premières présentations rejetées par les banques était fixé à plus de 50 % dans la plupart des places financières. Voir Kawan Khaled, *Le formalisme documentaire dans la lettre de crédit*, thèse de doctorat en droit, Université Paris 1, 1991, p. 203, n° 234.

⁸ « 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 » [nos italiques]. Voir Chambre de commerce internationale, RUURCD, n° 222, Paris, Publication CCI, 1962, art. 7.

⁹ « 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 » [nos italiques]. Voir Chambre de commerce internationale, RUURCD, n° 290, Paris, Publication CCI, 1975, art. 7.

¹⁰ « 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 » [nos italiques]. Voir Chambre de commerce internationale, RUURCD, n° 400, Paris, Publications CCI, 1983, art. 15.

¹¹ « Les banques doivent examiner avec un *soin raisonnable* tous les documents stipulés dans le crédit pour vérifier s'ils présentent ou non l'*apparence de conformité* avec les termes et conditions du crédit » [nos italiques]. Voir Chambre de commerce internationale, RUURCD, n° 500, Paris, Publication CCI, 1994, art. 13(a).

¹² Solution déclarée, entre autres, par la Cour d'appel du Fort de France, 12 octobre 1984, D. 1984. Somm. 215 (voir note Vasseur). La Cour de cassation française s'est exprimée dans le même sens dans les arrêts Cass., 24 février 1987, D. 1989. Somm. 196 (voir note Vasseur).

¹³ Jean-Pierre Mattout, *Droit bancaire international : la loi applicable, les opérations internationales de crédit, les opérations sur les monnaies et les taux d'intérêt*, 2^e éd., Paris, La Revue banque éditeur, 1996, à la p.228.

¹⁴ Henry Lesguillons, *Lamy contrats internationaux*, Paris, Lamy, 1999, n° 690.

¹⁵ André Boudinot et Jean-Claude Frabot, *Techniques et pratiques bancaires*, Paris, Sirey, 1978, p. 436, n° 413 ; Harold Cook Guettridge et Michel Megrah ajoutaient : « *Each case is to be considered on its merits and the bank's obligation may obviously be most difficult to fulfill* », dans Harold Cook et Michel Megrah, *The Law of Bankers' Commercial Credits*, 7^e éd., London, Europa Publications, 1984 à la p.120-121.

souplesse et rigidité, et ce, par l'introduction d'un standard équitable de conformité raisonnable. Toutefois, ils ont échoué à trancher la dialectique qui existait relativement au standard de conformité requis et, sans nécessairement le vouloir, ils ont, dès lors, ouvert la porte à la divergence. L'accord sur la signification du « soin raisonnable » était loin d'être atteint. Les critères proposés pour définir ce concept différaient, voire s'opposaient. La doctrine l'exprime ainsi : « il serait vain de vouloir tirer de la jurisprudence un ou plusieurs critères universels, tout dépend de chaque espèce »¹⁶.

La controverse qu'a suscitée ce standard, au niveau de la jurisprudence ainsi qu'au niveau de la doctrine, se justifie par l'ambiguïté de la notion même du « soin raisonnable » (I). Cette ambiguïté a été intentionnellement choisie pour jouer un rôle désiré (II). Le standard du « soin raisonnable » a vite montré ses faiblesses ; les rédacteurs des RUURCD ont alors apposé des correctifs (III).

I. Notion du « soin raisonnable »

Les tentatives visant à déterminer une définition unitaire de cette notion ont été vouées à l'échec (A), en raison de sa nature subjective (B).

A. L'échec d'une définition unitaire

Conception d'origine anglo-saxonne, elle révèle la philosophie même de ce système juridique en ce qu'il repose sur un ensemble de coutumes qui se reflètent dans la jurisprudence. Le rôle du mot « 'raisonnable' dans ce processus d'adaptabilité de la "common law" est remarquable »¹⁷.

L'introduction de ce concept dans le corps des RUURCD fait preuve de la profonde influence du droit anglo-saxon sur ces dernières, ce qui ne sera pas sans causer de problèmes. Pourtant, « l'introduction du raisonnable dans le droit de la stricte conformité est quelque peu négligée par la doctrine. Ses riches potentialités n'ont, apparemment, jamais été pleinement exploitées »¹⁸.

En matière de crédit documentaire, les auteurs n'ont pas tenté d'éclater ce « terme évasif »¹⁹, ce que nous nous attelons à faire dans ce propos.

Par « raisonnable », il faut entendre

conforme à la raison, qui répond plus encore aux exigences de la rationalité qu'à celles d'autres aspirations sans exclure la considération des

¹⁶ Valérie Amar et Philip R. Kimbrough, « Esprit de géométrie, esprit de finesse ou l'acceptation du mot raisonnable dans les contrats de droit privé américain » (1983) 9 D.C.P.I. 4 n° 1 à la p. 49.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 43.

¹⁸ Kawan, *supra* note 7 à la p. 204.

¹⁹ Amar et Kimbrough, *supra* note 16 à la p. 44.

contingences, du possible. En pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne.²⁰

Malgré cette définition, le sens du terme « raison » n'est pas si clair. Il ne signifie pas « conforme à la raison au sens philosophique, mais conforme à la 'raison pratique', au bon sens, aux jugements de valeurs généralement acceptés »²¹. La raison pratique a été définie par la jurisprudence dans l'affaire *Cusick v. S.M.D. National Bank Du Stet* en 1940 comme celle qui découle de « l'esprit d'une personne d'une intelligence moyenne »²² ou encore du « bon père de famille », à l'image française. Cette tentative d'objectivation est appréciable. Cependant, « on continue à tourner en rond »²³, car le flou persiste. La question qui se pose toujours est de savoir en fait ce qu'est un « homme d'intelligence moyenne ». Marcel Fontaine écrit à ce propos qu'il est « presque impossible de le définir sans tautologie »²⁴. Cette notion demande de la flexibilité et dépend de chaque cas d'espèce. Une définition unitaire semble inconcevable : « *a black and white definition of reasonable care is impossible, in as much as the concept of acting with reasonable care depends upon individual circumstances* »²⁵.

D'après Chaïm Perelman, l'unanimité s'est dégagée pour associer le « raisonnable » à une expression à contenu ou à « géométrie variable ». Pierre Catala parle, de sa part, d'un « polysème majeur ». Jean Salmon l'assimile à une « notion fuyante et déconcertante ». Et enfin, Aulis Aarnio la considère comme une notion « radicalement ambiguë »²⁶.

L'ambiguïté de cette terminologie demeure une réalité, nul n'en doute. C'est ce que met en évidence N. McCormick en écrivant : « *[W]hat is less clear, and certainly less easily agreed or settled, is what actually it is reasonable to do, to say, to conclude or to doubt in a given context* »²⁷.

B. Nature subjective de cette notion

L'échec dans la détermination d'une définition est confessé par la doctrine même. Selon Jean Salmon, « à vrai dire, ce qui caractérise de telles notions c'est qu'elles sont par essence indéfinissables de manière objective »²⁸. Ce mot s'avère insusceptible d'une seule définition, mais plutôt de plusieurs. Ainsi, on a pu écrire

²⁰ Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., Paris, PUF, 1990, s.v. « raisonnable ».

²¹ Marcel Fontaine, « *Best efforts, reasonable care, due diligence* et règles de l'art dans les contrats internationaux » (1998), R.D.A.I. n° 8 à la p. 1012.

²² Il l'exprime ainsi : « *In the mind of an ordinarily intelligent man* ». Voir *Cusick v. S.M.D. National Bank Du Stet*, 115 F. 2d 150.

²³ Fontaine, *supra* note 21 à la p. 1015.

²⁴ *Ibid.* à la p. 1013.

²⁵ US Customs Service, « Reasonable care checklist » (1999) 11 International Quarterly, n° 1 à la p. 145.

²⁶ Tel que cités dans Olivier Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international : discours juridique, raison et contradiction*, Collection de droit international, Bruxelles, Bruylant, 1997 à la p. 22.

²⁷ N. McCormick, « On reasonableness », dans Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst, dir., *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984 à la p. 131.

²⁸ Cité par Corten, *supra* note 26 à la p. 122.

d'une manière générale : « *The standard of reasonableness is extremely relative. Ultimately, there could be just as many definitions of reasonableness as there are audiences* »²⁹.

L'objectivation de ce concept semble loin d'être possible. Toute définition concevable ne peut être que subjective. Le projet de la convention de la Harvard Law School (1935) le rappelle clairement en disant : « *These are all questions which cannot be decided abstractly and in limine. They can be answered only in the light of what would seem most reasonable and just under the circumstances of a particular case. We are, therefore, reduced to a rule of reasonableness* »³⁰.

À partir de là, il en découle non seulement qu'il existe une diversité de conceptions de la notion, mais que toutes sont subjectives. Mais encore, en conférant à son interprète un très large pouvoir d'appréciation, des conceptions tout à fait divergentes peuvent voir le jour. C'est ce qu'affirme Olivier Corten en écrivant : « ce terme a ceci de particulier qu'il renferme une dérive potentielle dans deux directions »³¹. Dans ce sens, la doctrine a conclu que cette notion constitue enfin « une synthèse extraordinaire entre la souplesse et la rigidité »³². Ainsi définie, cette notion élastique³³ justifie bel et bien la flexibilité de la jurisprudence dans le choix entre différentes conceptions du « raisonnable » impliquant soit un contrôle strictement formaliste, soit un contrôle souple ou soit un contrôle substantiel. Il est raisonnable de voir enfin que l'introduction de cette texture ouverte au sein des RUURCD vise à réaliser certaines fonctions bien définies que les rédacteurs du texte ont cherché à remplir.

II. Le rôle du « soin raisonnable »

On distingue les fonctions imaginées pour ce standard (A) de l'application qui en a été faite (B).

A. Les fonctions du « soin raisonnable »

Employer une formule vague, sans frontières, susceptible de lectures différentes, voire divergentes, vise sans nul doute à introduire une certaine flexibilité dans les RUURCD, ce qui facilite leur adaptation aux situations qui se présentent. Cela vise aussi à satisfaire les prises de décisions non conciliables aussi bien des

²⁹ Rob Grootendorst et Frans H. Van Eemeren, « Perelman and the Fallacies », dans Guy Haarscher, dir., *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 265 à la p. 267, tel que cité dans Corten, *supra* note 26 à la p. 39.

³⁰ Corten, *Ibid.* à la p. 59.

³¹ *Ibid.* à la p. 113.

³² Kawan, *supra* note 7 à la p. 207.

³³ M. Balossini, *Norme ed usi uniformi relative ai crediti documentari*, II, Milan, Giuffrè, 1978 aux pp. 150 et s., tel que cité dans Ligia Maura Costa, *Le crédit documentaire : étude comparative*, vol. 308, Paris, L.G.D.J., 1998 au n° 76 à la p. 39.

rédacteurs que des interprètes de ces règles. C'est ainsi que cette formule remplit deux fonctions, l'une d'adaptation (1), l'autre d'occultation (2).

1. FONCTION D'ADAPTATION

L'utilisation du « raisonnable » remplit alors une fonction d'adaptation grâce à sa souplesse. Elle permet à la règle de droit de s'adapter à toutes les situations juridiques particulières qu'elle a vocation à régir. Ce qualificatif maintient une marge d'appréciation, dans différents sens, en faveur de l'interprète. Le terme « raisonnable » est préféré à des formules trop rigides : il confère de la souplesse à la règle, car cette terminologie renferme un degré d'abstraction qui permet des interprétations divergentes. René Cassin met en évidence cette caractéristique en écrivant : « le langage juridique doit posséder des qualités d'élasticité et de souplesse lui permettant de s'adapter à des situations nouvelles »³⁴. Pour cette raison, Pierre Catala pense que le droit regorge de concepts « volontairement imprécis, comme autant de structures flexibles, plastiques, faites pour accueillir le nouveau »³⁵. Le choix d'un terme de ce genre témoigne d'un souci de ne pas se lier par un comportement spécifique, mais plutôt de laisser à la norme une souplesse d'application en fonction des circonstances de l'espèce. C'est intentionnellement qu'on a donné un contenu variable à cette notion. Cette formule très générale laisse incontestablement libre cours à des possibilités d'interprétation très larges. Sa souplesse fait que « sans le 'raisonnable', le droit international serait comparable à une machine dont les rouages ne seraient pas huilés, et qui se révélerait incapable de fonctionner selon la destination qui est la sienne »³⁶.

2. FONCTION D'OCCULTATION

L'utilisation du « raisonnable » remplit ensuite une fonction d'occultation. L'absence de contenu précis de la règle s'explique par le fait que les représentants des banques ne soient pas parvenus à la formulation d'un compromis pendant les premières phases de la négociation. L'utilisation du « raisonnable » apparaît alors comme une échappatoire idéale qui permet, tout en laissant à chacun la possibilité de rester sur ses positions, de mettre un terme à la discussion. C'est dans ce contexte que l'on peut comprendre le rôle d'occultation de cette notion. Elle permet d'arriver à un accord qui, en même temps, masque le fait que les volontés ne soient pas identiques. Chacun n'accepte la norme que parce qu'il se réserve un pouvoir d'interprétation. Chaïm Perelman remarquait que

³⁴ Luc Silance, « Langage juridique et langue usuelle », dans Léon Ingber et Patrick Vassart, dir., *Le langage du droit*, travaux du CNRL, Bruxelles, Nemesis, 1991, à la p. 162, tel que cité dans Corten, *supra* note 26 à la p. 149.

³⁵ Pierre Catala, « L'informatique et la rationalité du droit » (1978) 23 A.P.D., tome 23, p. 315, tel que cité dans Corten, *Ibid.* à la p. 150.

³⁶ Corten, *Ibid.* à la p. 340.

le recours à des notions confuses, parfois indispensables en droit interne, s'avère tout à fait indispensable pour réaliser l'accord sur un texte entre États ayant des idéologies différentes, si pas compatibles [...] les notions confuses permettent ainsi de concilier l'accord sur les formules avec le désaccord sur leur interprétation.³⁷

Semblables notions sont donc particulièrement utiles pour camoufler les contradictions qui sous-tendent la norme. Le but reste toujours d'établir un équilibre entre plusieurs intérêts divergents.

B. L'application du « soin raisonnable »

Les fonctions de cette notion caméléon sont à la fois son atout et son défaut. Cette formule, en permettant des interprétations opposées pour une seule et même situation juridique, part d'une imprécision qui entraîne une insécurité juridique des parties. Les banques s'attachant à cette échappatoire ne pourront jamais voir leur responsabilité engagée. De même, la pratique bancaire et la jurisprudence ne pourront jamais s'uniformiser, ce qui est de nature à encourager le « shopping juridique ». Ceci implique aussi l'apparition de problèmes de divergence d'interprétation de la conformité des documents entre banque émettrice, banque confirmatrice et donneur d'ordres.

Depuis la réforme de 1962, le standard de la conformité raisonnable n'a pas cessé d'être à l'origine d'interprétations controversées. S'exprimant en des termes imprécis, les RUURCD ont échoué à définir un standard compréhensible. Le vague de l'article 13 (a) autorisait un traitement différent, voire contradictoire, de présentations similaires. Le choix entre divers standards d'examen de conformité se pose avec une acuité toute particulière. Alors que les uns y voient une consécration de la conformité stricte à l'image du miroir³⁸, ce n'est pour d'autres qu'un motif pour appliquer le

³⁷ Chaïm Perelman, « L'usage et l'abus de notions confuses », dans Chaïm Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, L.G.D.J., 1984 à la p. 156, tel que cité dans Corten, *Ibid.* à la p. 314.

³⁸ Les tenants de cette approche s'attachent à un standard de conformité absolument strict. Les irrégularités minimes, linguistiques, grammaticales, orthographiques, typographiques et autres, mêmes insignifiantes et semblant sans conséquence sur l'exécution du contrat sous-jacent, sont – inéluctablement – des causes de refus de payer. Ils s'expliquent ainsi : « *It's black letter law that the terms and conditions of a letter of credit must be strictly adhered to* », *Corporación de Mercadeo Agrícola v. Mellon Bank International*, 608 F. 2d 43 à la p. 47 (2d Cir. 1979), ajoutant « *Compliance with the terms of a letter of credit is not like pitching horses shoes. No points are awarded for being close* », *Fidelity National Bank v. Dade County*, 371 So. 2d 545 à la p. 546 (Fla. Dist. Ct. App. 1979), tel que cité dans F. Leary et M. Ippoliti, « *Letters of credit: have we fully recovered from three insolvency shocks?* », (1987) 9 U. Pa. J. Int'l. Bus. L. n° 4 à la p. 603. La jurisprudence est fertile d'exemples et on citera, à titre indicatif, l'affaire *Beyene v. Irving Trust Co.*, 762 F. 2d 4 (2^e Cir. 1985). La lettre de crédit exigeait un connaissance au nom de « Mohammed SOEAN ». Sur le connaissance présenté figurait le nom « Mohammed SORAN ». La banque a considéré le document non conforme et a refusé de payer. La cour d'appel lui a donné gain de cause. Ce courant se justifie par le fait que la rigueur du formalisme documentaire est source de sécurité, colonne vertébrale de la technique du crédit documentaire. Ils reprochaient à la thèse substantielle ce qui suit : « *In attempting to do equity for the beneficiary, courts have undermined the certainty so central to the letter of credit* », « *Letters of credit: a solution to the problem of documentary compliance* », (1981-1982) 50 *Fordham L. Rev.* 855.

standard de conformité substantielle³⁹. Se fondant sur le critère du « soin raisonnable », la doctrine a permis de déduire un autre standard possible de conformité, lequel a commencé à gagner du terrain. Il s'agit de ce qu'elle appelait « *the bifurcated standard* »⁴⁰. Par ailleurs, une doctrine à part a permis de tirer un argument pour mettre en place un nouveau standard, à savoir « *the merchantability of documents standard* »⁴¹.

Il est donc clair qu'« appliquer le principe de la '*reasonable compliance*' [est] susceptible de pouvoir causer plus de litiges que d'en résoudre »⁴². Une insécurité juridique en découle certainement, ce qui porte atteinte à l'axe central du mécanisme du crédit documentaire. Par conséquent, on a évoqué le concept de *soft law* pour caractériser ce type d'obligation dont « l'indétermination sémantique affaiblirait la force juridique »⁴³. Prévoir des correctifs est incontestablement une mesure d'urgence.

³⁹ Inspirée des principes de l'équité, une thèse de conformité substantielle a pu voir le jour. Elle reprochait au standard de conformité stricte sa rigueur outrancière parce qu'elle y voit « *an unreasonable vestige of harsh nineteenth century contract norms that at best is optional and at worst should be rejected* », *Tosco corp. v. FDIC*, 723, F 2d 1242 à la p. 1248 (6^e Cir. 1983). Aux dires de certains, l'allusion faite dans les RUURCD au « raisonnable » serait la consécration substantielle et équitable de ce nouveau standard inspiré du droit moderne des contrats. Les documents sont jugés conformes si les irrégularités constatées ne laissent pas planer de doute sur la bonne exécution du contrat sous-jacent. Cette thèse vient protéger le bénéficiaire contre les excès des arguments hypertechniques qui invalident une présentation au seul motif qu'une simple forme n'a pas été respectée. Elle est « *based more on the court's sense of fairness than on technicalities of literal compliance* », dans John F. Dolan, « *Strict compliance with letters of credit: striking a fair balance* », (1985) 102 *Banking L.J.* au n° 1 à la p. 18. Les exemples jurisprudentiels sont abondants : *Banco Espanol de Credito v. State Street Bank and Trust Company*, 385 F. 2d 230 (1^{er} Cir, 1967) ; *Exotic Traders Far East Buying Office v. Exotic Trading USA*, (D. Mass. 1989), I.F.L.Rev., 1989, Nov., p. 39, (Obs. R.S. Rendell). La cour a déclaré que « la facture faisant état de "CORÉE" au lieu de "SÉOUL" ne saurait tromper la banque ». En droit suisse, un refus de payer fondé sur une stricte conformité est considéré contraire aux principes de la bonne foi, voir en ce sens Trib. Fed. suisse, 11 janvier 1989, D. 1994. Somm. 25 (voir note Vasseur).

⁴⁰ Originale comme thèse puisqu'elle propose un standard hybride de conformité, axé à la fois sur la stricte conformité ainsi que sur la conformité substantielle. Elle propose d'appliquer le standard de la conformité stricte dans la relation bénéficiaire, banque émettrice et d'appliquer le standard de la conformité substantielle dans la relation donneur d'ordre, banque émettrice. Voir avec beaucoup d'intérêt l'excellente étude du professeur John F. Dolan, « *Letter of credit disputes between the issuer and its customer: the issuer's rights under the misnamed "bifurcated standard"* », (1988) 105 *Bank. L.J.* n° 5 à la p. 383. On peut citer, à titre indicatif, l'affaire *Bank of Cochin, Ltd. v. Manufacturers Hanover Trust Co.*, 612 F. Supp. 1533 (S.D.N.Y. 1885).

⁴¹ Selon cette thèse, le banquier raisonnable doit mesurer la conformité à partir de la fonction commerciale des documents. Il acceptera de payer même en présence d'une quelconque irrégularité s'il réussit à vérifier que le but d'exiger tel ou tel document a été rempli. Pour plus de détails, voir avec intérêt Boris Kozolchyk, « *Is present letter of credit law up to its task?* » (1986) 8 *Geo. Mason L. Rev.* 286 à la p. 343. Voir aussi, du même auteur, « *UCC article 5 symposium: Strict compliance and the reasonable document checker* » (1990) 56 *Brook. L. Rev.* à la p. 45.

⁴² Carlo Lombardini, *Droit et pratique du crédit documentaire*, 2^e éd., Bâle, 2000, p. 134, n° 375.

⁴³ Corten, *supra* note 26 à la p. 352.

III. Correctifs du « soin raisonnable »

La commission des techniques et pratiques bancaires de la CCI, consciente des faiblesses de cette notion caméléon, n'a pas tardé à lui apporter des correctifs (A). Toutefois, les remèdes proposés n'ont pas échappé à la critique (B).

A. Les correctifs proposés

Un premier correctif proposé par les RUURCD dans la réforme de 1993 s'est révélé être insuffisant. Un second correctif est alors proposé dans « The International Standard Banking Practices », un texte à part destiné à compléter les RUURCD.

La réforme de 1993 des RUURCD précisait au sein de l'article 13 (a) que le standard du « soin raisonnable » pour l'examen de la conformité devait être déterminé en fonction des « pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les présents articles »⁴⁴.

Parmi les pratiques reflétées dans les RUURCD et auxquelles l'article 13 (a) fait renvoi, on peut citer, à titre indicatif, celles figurant aux articles 39 (b) et 37 (c)⁴⁵.

Dans une tentative de tracer des contours à la liberté d'appréciation raisonnable dont jouissait le banquier, la réforme a posé un standard supplémentaire, de nature objective, qui définira dorénavant la consistance du « soin raisonnable » que doit apporter le banquier. Ainsi, ce n'est plus le banquier qui décidera de ce qui est raisonnable ; ce seront les pratiques bancaires internationales qui le définiront. Le banquier n'est donc plus le maître du jeu. Les pratiques bancaires internationales prennent leur place. Un standard objectif a succédé à un standard subjectif. Il a l'avantage de dissiper les divergences et d'uniformiser la pratique en permettant aux banques du monde entier ainsi qu'aux juges d'avoir une référence codifiée des pratiques bancaires à suivre. On a même fait l'éloge de ce standard en écrivant :

⁴⁴ Pour expliquer les raisons qui ont conduit le groupe de travail qui a préparé la réforme de 1993 à modifier l'article 13(a), Charles del Busto, le président de la Commission des techniques et pratiques bancaires de la CCI, s'exprime officiellement en ces termes : « *[R]easonable care has failed to provide a functional standard of document verification* ». En effet, « *courts' decisions rely on a case by case analysis, and such an analysis does not lend itself to generalization* ». Il ajoute que ceci « *has resulted in a proliferation of credit litigation and in costly uncertainty throughout the documentary credit world* ». Par conséquent, *banks must develop customs and practices that encourage their customers' and correspondents' trust* », ICC n° 511 : « *Documentary credit: UCP 500 and 400 compared* », p. 39. C'est ainsi que fut imaginée l'idée de l'insertion du standard des pratiques bancaires internationales au sein des RUURCD comme correctif des faiblesses du standard antérieur du « soin raisonnable ».

⁴⁵ Une pratique bancaire internationale relative à l'examen de conformité a été dévoilée et codifiée dans l'article 39(b) concernant la quantité de marchandises. Le document présenté mentionnant une quantité de marchandises supérieure ou inférieure de 5 % à ce qui est requis par le crédit est considéré comme étant conforme. Une autre pratique relative à la description de la marchandise figure à l'article 37(c). Sera jugée conforme toute présentation de documents où la désignation de la marchandise sur la facture commerciale est conforme à celle du crédit, même si la description figurant sur les autres documents est générale.

« *International standard banking custom and practice for documentary credit contains the rules that embody honest and predictable practices* »⁴⁶.

Cette solution, aussi séduisante qu'elle soit, n'a pas échappé au marteau de la critique. On lui a reproché au moins deux faiblesses.

D'une part, une critique a trait à l'ajout du qualificatif « telles que reflétées dans ces articles ». Ce qualificatif permet de déduire que toute pratique bancaire internationale, même certaine, qui n'a pas été reflétée dans les articles des RUURCD n'est pas applicable. Il s'ensuit que toutes les pratiques hors des RUURCD sont abandonnées. Mais cette solution sera à l'origine de plus de complications et de problèmes que de clarifications⁴⁷. Par conséquent, plusieurs auteurs précisent que cet article ne doit pas être interprété comme limitant les pratiques bancaires internationales aux seules pratiques incluses dans les RUURCD⁴⁸.

D'autre part, il est vrai que le fait d'avoir exclu les pratiques bancaires locales ou nationales semble judicieux⁴⁹. Cependant, comment un banquier peut-il savoir qu'une pratique locale ne coïncide pas avec la pratique internationale? Cela suppose que les différentes pratiques bancaires internationales soient définies clairement. Alors, comment délimiter le contenu des pratiques bancaires internationales en cause? Ou encore, quelles sont les sources formelles de ces pratiques? Les RUURCD, les avis de la Commission bancaire, les décisions de

⁴⁶ Busto, *supra* note 45 à la p. 39.

⁴⁷ « *There are many international banking practices not codified in UCP 500. Failing to recognize uncodified international banking practices would frustrate reasonable expectations. [...] [I]t is reasonable to assume that the interpretation of international standard banking practice embodies not only those express rules in UCP 500, but practices yet to be codified in the UCP* »; voir Joseph D. Gustavus, « *Letter of credit compliance under revised UCC article 5 and UCP 500* », (1997) 114 Bank. L.J., n° 9 à la p. 62.

⁴⁸ André Oelofse, *The Law of Documentary Letter of Credit in Comparative Perspective*, Pretoria, Interlegal, 1997 à la p. 273. Adressant ses critiques à cette mention, Carlos E. Loumiet s'explique : « *Insofar as this provision means exactly what it says – and only what it says – it is arguably somewhat superfluous* », tel que cite dans Carlos E. Loumiet, « *Proposed revisions to UCC article 5 and the new uniform customs and practice for documentary credits 500* » (1995) 2 Int'l Q.288. Voir, dans le même sens, Paul S. Turner, « *Revised article 5: The new US uniform law on letters of credit* » (1996) B.F.L.R. 205 à la 210, C.F. Hugo, « *The 1993 revision of the uniform customs and practice for documentary credits* » (1996) 8 SA Merc. L. J., 151 à la p. 154 et Joseph D. Gustavus, « *Letter of credit compliance under revised UCC article 5 and UCP 500* » (1997) 114 Bank. L.J. 55 aux pp. 61-62.

⁴⁹ Sinon une banque confirmatrice et une banque émettrice, ou toute banque qui participe à la réalisation du crédit, localisées sur des territoires différents se verraient appliquer des pratiques bancaires distinctes pour un même crédit, ce qui serait source de conflit du fait que ce qui est jugé conforme pour l'un peut ne pas l'être pour l'autre du fait de son recours à une pratique différente. Voir Gerald T. McLaughlin, « *On the periphery of letter of credit law: softening the rigors of strict compliance* » (1989) 106 Bank. L.J. n° 1 à la p. 30.

jurisprudence⁵⁰? Un auteur a même proposé que « *the new language may require both parties to the litigation to produce expert witnesses* »⁵¹.

La critique était bien adressée. Le correctif proposé par la réforme de 1993 était lacunaire et insuffisant parce que « *objective proof of what international banking practice entails [...] will remain problematical* »⁵². En mai 2000, au cours de sa réunion à Paris, la Commission bancaire de la CCI a décidé de former un groupe de travail pour définir les meilleures pratiques bancaires internationales utilisées par les institutions financières afin de déterminer la conformité des documents⁵³. Les travaux ont abouti à l'adoption d'un texte intitulé « *Pratiques bancaires internationales standards pour l'examen de documents en vertu d'un crédit documentaire* »⁵⁴. Ce texte « *does not amend UCP 500 [...]. It does, however, put meat on the bones and explains how the practices articulated in the UCP are to be applied by documentary practitioners worldwide* »⁵⁵. Il définit deux cents pratiques et renvoie aux avis et opinions de la Commission bancaire de la CCI, qui contiennent des exemples pratiques afin d'illustrer les règles adoptées dans un souci de simplification et de clarté.

B. Approche critique de cette tendance

La façon dont la CCI a envisagé de corriger les faiblesses du standard du « *soin raisonnable* » suscite au moins deux ordres de réflexions.

D'une part, il est vrai que la codification des PBIS facilitera aux banques l'opération d'examen et unifiera les prises de position concernant les problèmes que rencontrent les banquiers quotidiennement et, par la suite, réduira le nombre de rejets

⁵⁰ E. P. Ellinger voit que la jurisprudence est une source matérielle pour ces pratiques qui a inspiré les rédacteurs. Il a écrit que cette référence aux pratiques bancaires internationales « *lends support to a new trend, manifest in some decisions, suggesting that not every minor mistake in a document, such as a misprint or typographical error, constitutes discrepancy* »; voir E.P. Ellinger, « *The uniform customs and practices for documentary credits: the 1993 revision* » (1994), L.M.C.L.Q. n° 391 à la p. 377.

⁵¹ Gustavus, *supra* note 49 à la p. 68.

⁵² Oelofse, *supra* note 49 à la p. 272.

⁵³ En raison de la mauvaise compréhension et des difficultés d'interprétation rencontrées, les praticiens ont présenté des interrogations sur les pratiques bancaires internationales et des plaintes. La commission a enquêté sur le problème et a découvert l'existence de pratiques incorrectes ou nationales et une mauvaise interprétation des RUURCD. Elle a décidé que les solutions devaient être globales et non régionales ou nationales et elle a proposé qu'un groupe de travail soit créé afin de rédiger un texte spécial déterminant exactement la consistance des pratiques bancaires internationales. Afin de détecter toutes les pratiques internationales, ce groupe, avec la collaboration des comités nationaux, s'est servi d'un texte préparé par l'IFSA américain intitulé « *The standard Banking Practices for the examination of letter of credit documents* » et d'un guide intitulé « *Guidelines for the examination of letter of credit documents* », préparé par l'association des banques de Singapour. Voir Soh Chee Seng, (2001) 03 Iss. 12LC Monitor, à la p. 7.

⁵⁴ Il s'agit de la publication CCI n° 645, connue comme PBIS en français et ISBP en anglais, approuvée à la réunion de Rome en octobre 2002, entrée en vigueur en janvier 2003. Il y a eu parachèvement de certains paragraphes (187, 103 (b), 107, 113, 116, 122, 132, 145 et 158), ces modifications introduites en juin 2003 ont fait l'objet du *Corrigenda to the ISBP*, ICC Pub, n° 645.

⁵⁵ Ron Katz, « *New ICC banking paper to make documentary credits easier* », en ligne : <<http://www.icc.org>>.

de documents à première présentation. Est-il toutefois également exact que l'application des PBIS en complément des RUURCD « *should enable parties to deal successfully with almost any examination eventuality* »⁵⁶?

Il est certain que le texte des PBIS n'est pas exhaustif et ne peut l'être. En effet, il ne peut pas recenser toutes les pratiques existantes ; il ne peut guère plus prévoir le comportement à suivre pour les cas qui se présentent ou se présenteront sans trouver de réponse. La Commission bancaire ne le prétend pas d'ailleurs. Elle avoue même que « *[n]o single publication can anticipate all the terms or the documents that may be used in connexion with documentary credits or their interpretation under the UCP and the standard practice it reflects* »⁵⁷. Dans de telles situations, ni les pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les articles des RUURCD, ni celles figurant dans les PBIS ne contiennent la solution. Le standard subjectif de conformité rejaillit. Les correctifs du « soin raisonnable » imaginés par la Commission bancaire trouvent ici leur limite. Les banquiers retrouvent ainsi la liberté d'appréciation permise par le standard du « soin raisonnable » faisant toujours partie de l'article 13 (a).

D'autre part, en cherchant à opter pour un standard objectif, la Commission bancaire a eu tort de garder le standard du « soin raisonnable » à l'article 13 (a) des RUURCD⁵⁸, d'autant plus qu'il contredit l'esprit des RUURCD et la nature même de la technique du crédit documentaire. En effet, plusieurs articles des RUURCD, comme les articles 37 (c) ou 39 (b), posent clairement une exception au principe de conformité stricte⁵⁹, alors qu'aucun article des RUURCD ne contient expressément un principe général de conformité stricte, ce que l'esprit du texte inspire pourtant. Un problème de formulation juridique semble caractériser les RUURCD. L'exception existe, le principe n'existe pas tandis que le principe précède naturellement l'exception. Il est légitime de déduire que si les mots du texte ont gardé le silence, l'esprit du texte opte pour la consécration d'un principe général de conformité stricte qui admet des exceptions limitatives. Ce standard de « conformité stricte objective » est préférable à celui de la « conformité raisonnable subjective » à plus d'un titre. Il est conforme avec l'esprit du texte et surtout avec la nature formaliste du crédit documentaire. Dans ce sens, l'auteur Farran pense que

[r]easonable compliance also frustrates the effective use of letters of credit, since those who review documents tendered pursuant to a letter of credit will [...] be required to make subjective judgements about what is reasonable.⁶⁰

⁵⁶ Donald Smith, « *The case for international standard banking practices for the examination of documents* » (2003) *The 2003 Ann. Surv. Let. Cr. L. & Pract.* 110 à la p. 119.

⁵⁷ Voir publication CCI, Document 470/951rev4, à la p. 04.

⁵⁸ Parce que sa souplesse permet l'application d'un standard substantiel de conformité qui, selon l'éminent professeur John F. Dolan, « *is no standard at all. It is an invitation to controversy. It promotes dispute. It is anathema to the effective functioning of a marvelous commercial device* », tel que cité dans « *Strict compliance with letter of credit: striking a fair balance* », (1985) 102 *Banking L. J.* 28.

⁵⁹ Katz, *supra* note 46.

⁶⁰ Stanley F. Farran, « *Letters of credit* » (1983) 38 *Bus. Law.* 1169 aux pp. 1174 et 1175.

L'auteur Harfield ajoute :

The rigid rules that govern letters of credit are structural. If they are subordinated to more pliable precepts appropriate to equitable resolution of disputes, the very existence of the letter of credit as a useful business device can be destroyed as surely as a wisteria vine can strangle an oak.⁶¹

L'adoption du standard de la conformité stricte répond à la rigueur documentaire. L'admission des PBIS comme exception à ce standard répond à un souci d'équité et de souplesse et à la prise en compte de la réalité commerciale. Deux standards objectifs seront applicables uniformément par les banquiers partout dans le monde : un standard de stricte conformité, limité par un standard de pratiques bancaires internationales. Ainsi, est-il possible de conclure qu'il serait judicieux de supprimer le standard du « soin raisonnable » de l'article 13 (a) et d'adopter un principe exprès de conformité stricte⁶². Cette tendance a été suivie aux États-Unis dans la réforme de 1995 de l'*Uniform Commercial Code* dans l'article 5, relatif aux lettres de crédit⁶³. Consacrant un standard de conformité objectif favorisant un examen uniforme, cette solution est mieux adaptée à un traitement informatique⁶⁴.

* * *

La définition du standard requis pour mesurer la conformité des documents en matière de crédit documentaire est une question qui a fait couler beaucoup d'encre

⁶¹ Henry Harfield, « *Identity crisis in letter of credit law* » (1982) 24 *Ariz. L. Rev.* 239.

⁶² Il est possible d'imaginer l'article 13 (a) (nouveau) rédigé de la manière suivante : « Les banques doivent examiner la *stricte conformité* de tous les documents stipulés dans le crédit pour vérifier s'ils présentent ou non l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit. La conformité apparente des documents stipulés avec les termes et conditions du crédit sera déterminée en fonction des pratiques bancaires internationales *codifiées* ». La mention « codifiées » s'explique par le fait que les pratiques bancaires internationales sont des exceptions au principe général de la stricte conformité. En application de la règle « pas d'exception sans texte », ces pratiques exceptionnelles doivent être codifiées.

⁶³ Aux États-Unis, il n'y avait pas d'article définissant le standard de conformité. Les rédacteurs de l'article 5 de l'UCC ont intentionnellement évité de répondre à cette question, laissant ainsi aux tribunaux le soin de le faire. Lors de la réforme de 1995, les rédacteurs, cherchant à uniformiser les tendances jurisprudentielles ont opté pour un standard objectif, celui de la conformité stricte complété par le standard des pratiques bancaires. Ainsi, l'article 5-108 (a) dispose que « *an issuer shall honor a presentation that, as determined by the standard practice referred to in subsection (e), appears on its face to comply with the terms and conditions of the letter of credit* ». Le même article à l'alinéa (e) ajoute : « *An issuer shall observe standard practice of financial institutions that regularly issue letters of credit. Determination of the issuer's observance of the standard practice is a matter of interpretation for the court. The court shall offer the parties a reasonable opportunity to present evidence of the standard practice* »; voir *Uniform Commercial Code*, en ligne : Cornell University Law School <<http://www.law.cornell.edu/ucc>>.

⁶⁴ S'appuyer sur un standard subjectif flexible est incompatible avec un traitement informatique des « documents » parce que « *[t]he savings of transactional costs and the faster availability of funds allowed by this technology would be negated if the confirming and issuing banks would be subject to contradictory standards that would qualify a given discrepancy as major in the place of confirmation and as a "banal transposition" in the place of issuance* »; voir Kozolchyk, *supra* note 41.

des années trente jusqu'à nos jours. La Commission des techniques et pratiques bancaires de la CCI, bien qu'ayant déployé un effort considérable, n'est pas parvenue à trancher cette question de manière définitive. L'option qui faisait de la notion du « soin raisonnable » la solution s'est révélée peu satisfaisante, la subjectivité qu'elle renferme restant une source de divergence, voire de contradiction, en dépit des correctifs apportés. La suppression de cette notion du corps des RUURCD et l'option pour un standard objectif de conformité sont une piste meilleure et donc très souhaitable.