



Années Académiques 2003-2005

Mémoire MBL
Monsieur le Professeur Luc Thévenoz

LE CREDIT DOCUMENTAIRE A PAIEMENT DIFFERE ET LA FRAUDE

Analyse critique de l'arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} juin 2004

Marie-France Provot-Ivanov

Mai 2005



TABLE DES MATIERES

	Page
Introduction.....	2
I. La licéité du paiement avant échéance par la banque assignée : un principe confirmé à juste titre par le Tribunal fédéral.....	6
A- L'affirmation de la conformité du paiement anticipé aux obligations contractuelles de la banque et aux RUU.....	7
1- L'absence de violation des règles du mandat.....	7
a- Un principe admis par la Haute Cour en 1974.....	8
b- Un principe confirmé dans le présent arrêt.....	9
2- La compatibilité du paiement anticipé avec les RUU.....	12
a- Une question sans objet en 1974.....	13
b- Un problème soulevé et tranché par le Tribunal fédéral en 2004.....	13
B- La nature juridique du paiement anticipé : une question tranchée par le Tribunal fédéral.....	14
1- La qualification juridique retenue par le Tribunal fédéral suisse.....	14
2- La position adoptée à l'étranger.....	18
II. La mise à la charge de la banque assignée des conséquences de la fraude révélée entre le paiement anticipé et l'échéance de l'accréditif : la position surprenante du Tribunal fédéral.....	20
A- Une fraude incontestablement démontrée.....	21
1- L'existence d'une manœuvre frauduleuse.....	21
2- Le défaut de condamnation des auteurs de la fraude : une condition indifférente.....	26
B- Un raisonnement néanmoins empreint de contradiction.....	27
C- Une décision non exempte d'inexactitude.....	34
1- Les positions italienne et allemande.....	34
2- Les jurisprudences anglaise et française.....	37
Conclusion.....	43

« The life and blood of international commerce »¹, tel est le terme employé par les tribunaux anglais pour caractériser le crédit documentaire.

Il est vrai que celui-ci est né de la pratique commerciale internationale. D'ailleurs, en 1923 déjà, le Tribunal fédéral relevait, dans un arrêt *Leih und Sparkasse, Ermatigen c. Gewerbank Ulm*, que l'accréditif était «...devenu d'un usage courant dans le commerce international »².

Dans des temps bien plus anciens, le besoin d'effectuer des paiements à distance se faisait déjà sentir si bien que des mécanismes avaient déjà été mis en place pour assurer le financement des contrats conclus entre des parties éloignées.

A Rome comme à Athènes, des opérations de versement de fonds à distance existaient. Les Grecs et les Romains connaissaient des opérations qualifiables de « mandat de payer », mais qui ne revêtaient pas un caractère bancaire spécifique.³

Le Moyen Age vit l'apparition de systèmes de paiement plus élaborés tels que la lettre de paiement puis la « lettre de crédit », par laquelle un banquier donnait mandat à son correspondant étranger de mettre à la disposition du bénéficiaire « dénommé dans la lettre l'argent dont il témoignait avoir besoin »⁴. Selon certains auteurs, le crédit documentaire trouverait son origine dans cette lettre de crédit.

En tout état de cause, ce n'est que dans la jurisprudence anglaise de la deuxième moitié du XIXe siècle que l'on trouve de véritables décisions rendues en matière de crédits documentaires.⁵

Cependant, dès le XVIIIe siècle, l'Angleterre devint le centre du commerce international et la monnaie anglaise devint le moyen d'échange courant. C'est ainsi que commencèrent à se développer les « merchant bankers » jouant le rôle de médiateurs entre les vendeurs étrangers et les acheteurs nationaux. La situation se présentait de la manière suivante : lorsqu'un petit commerçant désirait acquérir des marchandises sur des marchés lointains, il s'adressait à un commerçant connu qui acceptait contre paiement d'une commission une traite tirée sur lui par le vendeur afin d'obtenir le paiement du prix de vente. Avant l'échéance, l'acheteur mettait à la disposition de l'accepteur les fonds nécessaires au paiement de l'effet. Le vendeur pouvait ainsi obtenir rapidement le prix de vente en escomptant les traites tandis que l'acquéreur disposait d'un délai pour se procurer l'argent nécessaire au paiement.⁶ Selon certains auteurs, c'est à partir de cette forme particulière de crédit que s'est développé le crédit documentaire en tant que système de financement des contrats internationaux.⁷

Puis avec la Première Guerre mondiale, les crédits documentaires se développèrent rapidement. Les Etats-Unis d'Amérique se substituèrent à l'Angleterre en tant que puissance commerciale, la monnaie américaine devint la monnaie d'échange dans le commerce

¹ *Harbottle R.D. (Mercantile) Ltd. V. National Westminster Bank Ltd.*, (1978) Q.B. 146, (1977) 2 All. E.R. 862,3 W.L.R.752.

² ATF 49 II 195 ss/JdT 1924 I 12 ss.

³ Tevini du Pasquier « Le crédit documentaire en droit suisse. Droits et obligations de la banque mandataire et assignée », Thèse Genève 1990

⁴ Pothier, *Traité du contrat de change*, 1825

⁵ Dans ce sens Simon p 20-21, Stoufflet p 25

⁶ Tevini du Pasquier p 12, Molle p 476, Simon p 98ss

⁷ Dans ce sens Tevini du Pasquier p 12, Frey p 215

international et les exportateurs américains imposèrent à leurs acheteurs des procédés de paiement sans risque tels que les crédits documentaires irrévocables.⁸

C'est aussi à l'initiative des banques américaines que furent établies en 1920 les premières règles codifiant les usages et techniques d'ouverture de crédit⁹. Les pays européens suivirent ensuite la tendance et créèrent leur propre réglementation.

Devant la multiplication des textes nationaux en la matière, afin d'uniformiser les pratiques et le sens des termes, la Chambre de Commerce Internationale a donc adopté, en 1933, la première édition des Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires (ci-après RUU). Cette réglementation a été révisée à plusieurs reprises¹⁰ afin de préciser les textes et introduire de nouvelles techniques de crédit documentaire compatibles avec l'évolution des affaires et la rapidité des moyens de transport.

Aujourd'hui, l'importance du crédit documentaire dans la pratique du commerce international n'est plus à démontrer. Celui-ci est employé principalement dans le cadre des transactions sur marchandises, mais également dans des opérations couvrant des services ou accords financiers à court ou long terme. Il repose dans tous les cas sur des accords contractuels conclus entre les parties (donneur d'ordre/bénéficiaire) dont il est autonome.

En effet, du fait de leur éloignement géographique, souvent, les cocontractants ne se connaissent pas et il leur est difficile de se faire confiance à la première opération. L'exportateur hésite à entreprendre la fabrication ou la livraison d'un produit s'il n'est pas sûr de se faire payer. De son côté, l'importateur hésite à verser des fonds à l'exportateur avant d'être sûr que l'expédition a bien été effectuée dans les délais prescrits.

Le crédit documentaire, en faisant intervenir les intermédiaires indépendants et solvables que sont les banques, constitue donc un moyen de paiement qui a l'avantage de concilier les intérêts divergents de l'acheteur et du vendeur. Le vendeur est assuré de recevoir contre remise de certains documents, le prix qui lui est dû en raison de la livraison de la marchandise dans les délais convenus. L'acheteur, quant à lui, ne devra payer la marchandise commandée que si elle lui a effectivement été expédiée.

Les crédits documentaires sont donc, comme l'a, à juste titre, relevé Jürgen Dohm¹¹, un « enfant de la méfiance ». Il demeure que cet instrument de paiement offre une certaine sécurité aux deux parties au contrat même si le bénéficiaire de l'accréditif se trouve dans une situation plus avantageuse que le donneur d'ordre.

En effet, bien que le Tribunal fédéral lui-même, a relevé que « dans le commerce international, l'accréditif ou crédit documentaire est un instrument de garantie de paiement qui tend à protéger les deux parties ayant conclu généralement une vente à distance en les assurant de l'exécution correcte du contrat »¹², l'équilibre de la protection des intérêts en cause n'est pas parfait.

Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de relever ce fait¹³. En effet, le paiement du prix intervient le plus souvent avant que le donneur d'ordre/acheteur ait pris possession effective de la marchandise puisque la réalisation de l'accréditif intervient contre remise des

⁸ Molle p 476, Simon p 101

⁹ Tevini Du Pasquier p 14, Balossini p 93ss, Molle p 476, Stoufflet p 101, Bonell p 960

¹⁰ Dernière révision au 1^{er} janvier 1994 (RUU 500)

¹¹ Jürgen Dohm, Docteur en droit, Fiche Crédit documentaire I n° 314

¹² TF 1^{er} juin 2004, 4C.66/2004

¹³ Tevini du Pasquier (1990), pp. 19-20 ; Nicolas de Gottrau (1999), p 7

documents. Par conséquent, l'acheteur risque de devoir payer des marchandises non conformes à ce qui avait été convenu au contrat de vente.

Cependant, le donneur d'ordre/acheteur dispose de la possibilité d'utiliser l'accréditif comme instrument de crédit. Le crédit documentaire à paiement différé remplit en effet cette fonction de financement de l'accréditif puisque dans un tel cas, le paiement au bénéficiaire de l'accréditif n'intervient pas au moment où les documents sont acceptés par la banque, mais à une date ultérieure prévue dans les conditions du crédit documentaire. Le donneur d'ordre/acheteur peut donc entrer en possession de la marchandise et en disposer avant d'en payer le prix au bénéficiaire/vendeur. Il peut notamment revendre la marchandise avant l'échéance pour financer le prix de vente. Ce type d'accréditif facilite ainsi incontestablement les échanges commerciaux.

Toutefois, de sérieux problèmes peuvent se présenter en cas de fraude commise par le bénéficiaire de l'accréditif. Certes, cette difficulté n'est pas propre au crédit documentaire à paiement différé mais elle revêt une acuité particulière dans ce type de crédit lorsque la banque a payé le bénéficiaire avant l'échéance prévue. Se pose en effet la question des conséquences de la fraude. Qui doit assumer ce risque ?

Cette problématique fait l'objet de controverses doctrinales et de décisions jurisprudentielles diverses dans les principaux Etats européens. La Suisse n'échappe pas à cette tendance. Cependant, les arrêts du Tribunal fédéral sur la question ne sont pas nombreux.

L'arrêt rendu par la Haute Cour le 1^{er} juin 2004 revêt donc une importance capitale pour les banques, étant précisé qu'il s'agit seulement du deuxième arrêt du Tribunal fédéral depuis 1974¹⁴ sur la question des conséquences d'une fraude découverte entre le moment d'un paiement anticipé de la somme d'accréditif sous la forme d'un escompte, et celui de l'échéance du crédit.

L'espèce ayant donné lieu au présent arrêt était ainsi la suivante.

C, une société genevoise active notamment dans le commerce de matières premières était en relation d'affaires depuis plusieurs années avec la banque B sise en Suisse.

B accordait des financements à C sous forme d'avances en blanc consenties pour permettre à cette dernière d'acheter des métaux qu'elle revendait ensuite. Le prix des marchandises était versé par l'acheteur au moyen de lettres de crédit à paiement différé que B confirmait en général et escomptait à C avant l'échéance.

Le 22 janvier 1999, sur instruction de C, la banque B a viré, sous forme d'avance en blanc non garantie, la somme de US\$ 792 102, 36 sur le compte de la société D, ce montant ayant été débité du compte de C auprès de la banque B.

Le 22 février 1999, sur requête de la société F sise aux Emirats Arabes Unis, la banque A ayant son siège à Dubaï, a émis une lettre de crédit irrévocable en faveur de C pour un montant de US\$ 851 700. Cet accréditif valable jusqu'au 21 avril 1999 et confirmé par la banque B était payable auprès de B à Genève à 180 jours dès la date de présentation des documents à la banque confirmante.

Ainsi, le 24 février 1999, la banque B a notifié à C la lettre de crédit en y ajoutant sa confirmation.

¹⁴ ATF 100 II 145 : JT 1975 I 326

Puis, le 26 février 1999, B a reçu les documents, les a considérés comme conformes aux conditions de l'accréditif et les a transmis à A en indiquant à la banque émettrice qu'elle demanderait le paiement à l'échéance soit le 30 août 1999.

C'est alors que le 3 mars 1999, sans en informer A, B a payé C de manière anticipée sous forme d'escompte, ce paiement venant rembourser l'avance en blanc consentie à C le 22 janvier 1999.

Parallèlement, le 10 mars 1999, A a informé B qu'elle acceptait les documents jugés par elle conformes et qu'elle lui paierait à l'échéance du 30 août 1999, la somme due selon l'accréditif.

Or, au début du mois de mai 1999, B ayant eu connaissance de rumeurs de fraude perpétrée par F, en a avisé C.

A la fin du même mois, l'ICC International Maritime Bureau chargé d'enquêter, a appris que le contenu réel du container qui devait être financé par l'accréditif litigieux n'était pas conforme à ce qui avait été convenu. Elle en a donc informé A.

De son côté, B a fait parvenir les premiers rapports reçus de l'ICC à C qui a soutenu ignorer tout de la fraude de F, rappelant que son rôle s'était toujours limité au financement des affaires passées avec F.

En juillet 1999, l'ICC confirmait que la fraude s'étendait également au contenu du deuxième container concerné par l'accréditif.

La fraude étant avérée, la banque émettrice A déposait en août 1999, une requête de mesures provisionnelles afin d'interdire à la banque confirmante B de lui réclamer à l'échéance le montant dû en vertu de l'accréditif litigieux.

Par décision du 21 septembre 1999, la requête de A a été rejetée. Néanmoins, A refusant à l'échéance du 30 août 1999 de payer à B le montant de l'accréditif, cette dernière déposait auprès des autorités judiciaires genevoises, une demande en paiement à l'encontre de A.

Suivant un jugement en date du 13 février 2003, le Tribunal de première instance a fait droit à la demande en paiement du montant de l'accréditif de la banque confirmante B.

Sur appel interjeté par la banque émettrice A et par une décision en date du 12 décembre 2003 la Chambre civile de la Cour de justice de Genève a confirmé le jugement déféré.

En l'état de ces éléments, la banque A a déposé un recours en réforme devant le Tribunal fédéral afin d'obtenir l'annulation de la décision entreprise.

Il appartenait ainsi au Tribunal fédéral de déterminer si la banque confirmante qui avait procédé au paiement anticipé de la somme d'accréditif disposait d'une action en remboursement de ses frais dans l'hypothèse où une fraude était découverte entre la date de l'escompte et celle de l'échéance prévue par le crédit documentaire.

C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral, pour répondre à cette question, a tout d'abord examiné dans quelle mesure la banque confirmante avait le droit de s'acquitter de son obligation de paiement avant l'échéance même du crédit afin, ensuite, de déterminer quelles

conséquences une fraude, découverte après l'escompte mais avant l'échéance de paiement, pouvait avoir sur l'opération documentaire.

Néanmoins, la décision rendue par la Haute Cour ne manque pas de surprendre. En effet, tout en affirmant la licéité du paiement anticipé de la banque assignée (I), le Tribunal fédéral a considéré qu'il incombait à celle-ci de supporter le risque de découverte d'une fraude avant l'échéance (II).

I- La licéité du paiement avant échéance par la banque assignée : un principe confirmé à juste titre par le Tribunal fédéral.

Avant de commencer son raisonnement, le Tribunal fédéral a, à juste titre, vérifié le for et le droit applicable au litige.

En effet, dans la présente espèce comme dans la plupart des cas d'accréditifs en matière de commerce, ces opérations ne se déroulent pas dans un cadre strictement national. Les parties au rapport contractuel de base ou/et les banques participant à l'opération sont très souvent situées dans des pays différents.

Aussi, les questions du for et du droit applicable se posent-elles.

S'agissant en premier lieu du for, le présent litige qui oppose les deux banques parties au rapport d'accréditif comporte, comme l'a justement relevé le Tribunal fédéral, des éléments d'extranéité. La banque A, banque émettrice, a effectivement son siège à Dubaï tandis que la banque B, banque confirmatrice, est établie à Genève.

Or, aucune clause d'élection de for ou d'élection de droit n'a été conclue par les parties. Au surplus, aucun traité international ne lie la Suisse aux Emirats Arabes Unis. La loi de droit international privé (ci-après LDIP) est en conséquence applicable (article 1).

La défenderesse étant un établissement bancaire dont le siège se trouve à Dubaï, l'article 113 de la LDIP qui dispose que « lorsque le défendeur n'a ni domicile ou résidence habituelle, ni établissement en Suisse mais que la prestation litigieuse doit être exécutée en Suisse, l'action peut être portée devant le tribunal suisse du lieu d'exécution » a vocation à s'appliquer.

S'agissant d'une dette d'argent, le for du lieu d'exécution se situe au siège de la banque qui invoque la créance soit à Genève (article 74 alinéa 2 ch. 1 CO).

S'agissant en second lieu du droit applicable, en l'absence d'élection de droit, s'applique l'article 117 alinéa 1 LDIP qui prévoit que le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. L'alinéa 2 du même article ajoute que « ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement ».

En l'espèce, le litige oppose la banque émettrice à la banque confirmante. Le droit applicable est donc celui de l'établissement de la banque confirmante laquelle fournit, dans cette relation interbancaire, la prestation caractéristique puisque, comme l'ont relevé certains auteurs, elle est mandataire de la banque émettrice et assignée par cette dernière¹⁵. La banque confirmante ayant son siège à Genève, le droit suisse devait donc s'appliquer ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral.

¹⁵ Nicolas de Gottrau, Le crédit documentaire et la fraude, Thèse Genève 1999

La Haute Cour a, en outre, cru bon rappeler qu'il y avait lieu de tenir compte des Règles et Usances Uniformes de la Chambre de commerce internationale (RUU) dans leur version de 1993¹⁶.

Après avoir levé toute ambiguïté sur l'application du droit suisse à la présente espèce, le Tribunal fédéral s'est, à juste titre, appliqué à déterminer s'il pouvait être reproché à la banque confirmante d'avoir violé ses obligations découlant du crédit documentaire en versant le montant de l'accréditif au bénéficiaire avant l'échéance sous forme d'un escompte. C'est ainsi que la Haute Cour a justement conclu à la conformité du paiement anticipé aux obligations contractuelles de la banque et aux RUU (A) et tranché par là même la question de la qualification juridique d'un paiement avant échéance (B).

A- L'affirmation de la conformité du paiement anticipé aux obligations contractuelles de la banque et aux RUU

Le Tribunal fédéral s'est demandé, à raison, si l'on pouvait reprocher à la banque confirmante d'avoir violé ses obligations découlant du crédit documentaire (1) et des RUU (2) en versant le montant de l'accréditif au bénéficiaire avant l'échéance.

1- L'absence de violation des règles du mandat

Le crédit documentaire est analysé par la jurisprudence et la doctrine majoritaire comme constituant un rapport d'assignation doublé d'un mandat.

La banque assignée est non seulement autorisée à remettre une somme d'argent au bénéficiaire pour le compte de l'assignant (assignation) mais prend à l'égard de son client l'engagement de le faire (mandat).

Ainsi, le client qui demande à une banque d'émettre un accréditif lui confère un mandat conformément aux articles 394 et suivant du Code des obligations (ci-après CO).

De la même façon, la doctrine et la jurisprudence voient dans la confirmation d'un crédit documentaire une seconde assignation doublée d'un mandat.¹⁷ La banque émettrice (assignante) autorise la banque confirmatrice (assignée) à remettre une somme d'argent au bénéficiaire (assignataire) sous réserve que les conditions au paiement soient réunies et la banque confirmatrice s'engage à émettre cet accréditif à l'égard de la banque émettrice en qualité de mandataire de cette dernière.

Comme l'a justement rappelé le Tribunal fédéral dans le présent arrêt, « les règles du mandat, en particulier l'article 402 CO sont donc applicables entre la banque émettrice et la banque confirmatrice. Ainsi, la banque confirmatrice qui paie au bénéficiaire un crédit documentaire pourra obtenir de la banque émettrice son remboursement sur la base de l'article 402 alinéa 1 CO ».

Se pose alors la question de savoir si, dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé, la banque confirmatrice qui paie le bénéficiaire avant échéance respecte les dispositions

¹⁶ Voir A-2) de la présente étude

¹⁷ ATF 108 III 94 ss/ JDT 1984 II 98 ss

du mandat qui la lie à la banque émettrice. Déjà en 1974, le Tribunal fédéral avait répondu par l'affirmative à cette question (a). En 2004, la Haute Cour a confirmé sa position (b).

a- Un principe admis par la Haute Cour en 1974

En 1974, le Tribunal fédéral s'était déjà trouvé confronté à une problématique similaire puisqu'il était question d'un paiement anticipé réalisé par une banque émettrice.

Or, les conclusions de cet arrêt s'appliquent incontestablement à la banque confirmante dans la mesure où les rapports qui lient une banque confirmante à une banque émettrice sont les mêmes que ceux qui lient cette dernière au donneur d'ordre.¹⁸

Dans cet arrêt de 1974¹⁹, la Haute Cour a admis que la banque émettrice était en droit de s'acquitter envers le bénéficiaire de son obligation de paiement, dans un crédit documentaire à paiement différé, avant même l'échéance du crédit, et ce en vertu de l'article 81 alinéa 1 CO qui dispose que « le débiteur peut exécuter son obligation avant l'échéance, si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat, ni des circonstances ».

Le Tribunal fédéral a considéré que la nature du crédit documentaire à paiement différé ne s'opposait pas à un tel paiement, cet instrument ne servant qu'à procurer du crédit au donneur d'ordre et à le libérer de l'obligation de s'exécuter trait pour trait.

La Haute Cour a ainsi repris les observations de certains auteurs²⁰ selon lesquels « rien ne s'oppose à ce qu'on fasse crédit à l'acheteur même dans la vente internationale, si bien que le vendeur se dessaisit des documents avant de recevoir le paiement de la banque qui ouvre l'accréditif. En échange, on lui assure la possibilité de faire escompter la créance à terme ». Les juges en ont ainsi déduit que la banque ne violait pas son obligation de suivre exactement les instructions du donneur d'ordre, obligation qui résulte de l'article 397 CO et ont ajouté que de toute manière, ce dernier n'était tenu de couvrir pour sa part la banque qui avait ouvert l'accréditif, qu'après l'expiration du délai de paiement si bien qu'il n'était pas affecté par le fait que la banque ait exécuté son obligation avant terme.

Logiquement, le Tribunal fédéral a en outre noté que si le donneur d'ordre avait voulu que la banque assignée ne paie qu'à l'échéance, il aurait dû interdire expressément à la banque d'escompter la créance de l'assignataire ce qu'il n'a pas fait, tout en relevant que cette instruction aurait été contraire à la nature du crédit documentaire irrévocable. Cette motivation a été critiquée par un auteur français²¹ qui considère que pour accepter le paiement anticipé, il aurait été plus normal que les juges aient mis à la charge de la banque une obligation de demander l'autorisation de payer.

Ainsi, en l'absence de convention contraire des parties et compte tenu de la nature et du but du crédit documentaire à paiement différé, le Tribunal fédéral a reconnu le paiement anticipé valable au regard du droit des obligations.

Depuis cet arrêt de 1974 et jusqu'en 2004, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer à nouveau sur ce point.

¹⁸ Nicolas De Gottrau, Le crédit documentaire et la fraude, Thèse Genève 1999

¹⁹ ATF 100 II 145, 150-153 = JT 1975 I 326, 331-333

²⁰ Schönle, Stauder

²¹ Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Paris 1992

Cependant, il est intéressant de noter que la Cour de Justice de Genève qui a été confrontée à plusieurs reprises à cette question, n'a pas toujours tranché le problème de la même façon. En effet, dans un premier temps, elle a admis le paiement anticipé²² puis ultérieurement, elle a considéré qu'en payant avant l'échéance, la banque confirmante se substituait au bénéficiaire comme cessionnaire ou accordait une simple avance au bénéficiaire dont la banque était devenue le cessionnaire.²³

L'arrêt du 12 décembre 2003 rendu par la Cour de Justice de Genève qui a fait l'objet d'un recours en réforme et qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} juin 2004 a opéré un nouveau revirement puisque la Cour cantonale s'est ralliée à la position adoptée par le Tribunal fédéral en 1974. En effet, la Cour de Justice de Genève a admis les prétentions en paiement formées par la banque confirmante en relevant qu'il ne lui appartenait pas de s'écarter de la jurisprudence suisse selon laquelle il était possible d'escompter un accreditif à paiement différé, de sorte qu'en payant de manière anticipée, la demanderesse n'avait pas violé ses obligations contractuelles.

Le Tribunal fédéral, par son arrêt du 1^{er} juin 2004, a repris ce raisonnement et confirmé la position qu'il avait déjà adoptée en 1974 sur cette question de respect des dispositions du mandat.

b- Un principe confirmé dans le présent arrêt

Dans la présente espèce, la banque émettrice se plaignait, au soutien de son recours en réforme, d'une violation des articles 397 alinéa 1, 398 alinéa 2 et 402 alinéa 1 CO et soutenait en bref, qu'en payant par anticipation, la banque confirmante ne s'était pas conformée au mandat la liant à la banque émettrice et qu'elle avait créé une situation préjudiciable aux intérêts de sa mandante.

Cependant, dans cet arrêt en date du 1^{er} juin 2004, le Tribunal fédéral a confirmé le principe de licéité du paiement avant échéance par la banque assignée.

En effet, la Haute Cour a retenu en ces termes : « Sous l'angle du droit suisse, il n'y a donc aucune raison de s'écarter de la position soutenue par la Cour de céans dans l'arrêt de 1974, selon laquelle les règles du crédit documentaire ne s'opposent pas à ce que la banque assignée, en application de l'article 81 alinéa 1 CO, paie de manière anticipée le montant de l'accréditif à paiement différé ».

Le Tribunal fédéral a cru bon d'ajouter que « cet avis est du reste partagé par la doctrine majoritaire et correspond à l'usage bancaire suisse et étranger ».

Certes, la position du Tribunal fédéral est partagée par la majorité de la doctrine suisse²⁴ et par une partie de la doctrine étrangère²⁵ lesquelles considèrent que lorsque, dans le crédit documentaire à paiement différé, le bénéficiaire a présenté les documents conformes à la banque, il reçoit une créance civile à terme qui peut, à sa demande, être escomptée par la banque confirmante ou par la banque émettrice. La doctrine s'accorde donc pour dire que la

²² ACJ GE non publié du 6 juin 1991, Capala Overseas Limited c. Caisse d'Epargne de la République et Canton de Genève et Barclays Bank Plc

²³ ACJ GE des 4 mars 1993, L.L. UK c. CS SA, RSM et Banque I, 22 novembre 1996, Bank Kreiss Aktiengesellschaft c. Société E, SJ 1998 393, 394 et 2 septembre 1999, V. Bank c. F. SA et UBS SA, ACJC/832/1999

²⁴ De Gottrau (1999), pp 274ss ; Schönle (1988), pp 313 ss ; Guggenheim, pp 402-403 ; Dohm (1993), p 8 ; Ulrich, pp 173-175 ; Gani, pp 55-56

²⁵ Vasseur (1987), pp 399 ss ; Horn, pp 9 et 17 ; Zahn/Eberding/Ehrlich, n° 2/331

banque assignée qui paie avant échéance, agit de manière conforme à l'article 81 alinéa 1 CO et est bien fondée à solliciter le remboursement de ses frais au titre de l'article 402 alinéa 1 CO pour autant qu'elle ait régulièrement exécuté son mandat et que le donneur d'ordre (dans un crédit tripartite) ou la banque émettrice (dans un crédit quadripartite comme en l'espèce) ne lui ait pas interdit d'escompter la créance du bénéficiaire.

Nicolas de Gottrau²⁶ considère à juste titre que le mandat donné à la banque d'émettre, voir de confirmer un accreditif à paiement différé, ne comporte aucune interdiction ni expresse ni implicite d'une exécution anticipée.

Selon cet auteur, une telle volonté aurait dû être exprimée clairement dans les conditions du crédit, l'article 81 CO s'appliquant dès qu'un paiement doit intervenir à terme. L'auteur rappelle que pour déroger à la faculté d'une exécution anticipée par le débiteur, il faut, selon l'article 81 alinéa 1 CO, que l'intention contraire des parties ressorte des clauses ou de la nature du contrat ou des circonstances. Or, une telle volonté contraire ne saurait ressortir ni de la clause standard qui apparaît dans les accreditifs à paiement différé telle que par exemple, « available (ou payable) at 90 days after the date of the bill of lading », ni de la nature du contrat dont le but est notamment de fournir du crédit au donneur d'ordre, ni des circonstances dans la mesure où le paiement anticipé dans le crédit documentaire à paiement différé est d'un usage constant dans la pratique bancaire suisse. Ainsi, faute d'avoir reçu une instruction claire et précise de ne pas payer avant terme, la banque qui procède à un paiement anticipé agirait conformément aux termes de son mandat.

De Gottrau s'est encore demandé si, en vertu du principe de confiance, la banque assignée devait considérer qu'en prévoyant un terme de paiement différé, le donneur d'ordre (dans un crédit tripartite) ou la banque émettrice (dans un crédit quadripartite) voulait interdire tout paiement anticipé. L'auteur a répondu à cette question par la négative tout en soulignant que le donneur d'ordre dont le propre crédit n'est pas affecté par un paiement anticipé n'aurait aucune raison d'imposer à la banque désignée le strict respect de la date de paiement de la somme d'accréditif et d'empêcher en conséquence le bénéficiaire d'obtenir lui aussi du crédit, sauf à vouloir vérifier la marchandise à son arrivée avant l'échéance ce qui serait incompatible avec le principe de l'abstraction, clé de voûte du crédit documentaire.²⁷

Parmi les arguments présentés en faveur de la pratique du paiement anticipé du crédit, la doctrine et notamment un auteur français²⁸ ont fait valoir la thèse de l'équilibre contractuel, thèse qui est d'ailleurs sous-jacente dans le raisonnement sus énoncé de de Gottrau.

C'est ainsi que certains auteurs ont tiré arguments de « l'équilibre contractuel » du crédit documentaire à paiement différé, en estimant qu'« il convient de prendre en compte l'équilibre contractuel du crédit documentaire à paiement différé, (...), qui implique qu'au crédit que l'acheteur s'octroie en exigeant le bénéfice d'un paiement différé, correspond une même possibilité pour le vendeur d'obtenir crédit. »

Caprioli²⁹ a relevé que la banque confirmante serait donc en droit de renoncer au terme du crédit parce qu'elle est débitrice de son propre engagement de confirmation envers le bénéficiaire du crédit. De plus, la solution se situerait dans l'axe du droit commercial et plus particulièrement du droit du crédit parce qu'elle ferait la balance égale, « en assurant aussi

²⁶ De Gottrau, Journée de droit bancaire et financier 2001, Staempfli Edition SA Berne 2002

²⁷ Selon ce principe, l'engagement bancaire est indépendant des objections et exceptions relevant des rapports de valeur et de couverture, ainsi que du rapport assignant-assigné ; cf de Gottrau (1999), pp 101-108.

²⁸ Vasseur, Réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé ; note sous Cass. Com 7 avril 1987, D 1987, partie jurisprudence, p 400

²⁹ Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Paris 1992

bien le crédit de l'acheteur que le crédit au vendeur et cela dans le cadre du crédit documentaire lui-même»³⁰. Ainsi, nonobstant le paiement anticipé du crédit, l'acheteur continuera de bénéficier du délai de paiement jusqu'à l'échéance convenue, de même pour la banque émettrice.

Une minorité d'auteurs demeure toutefois opposée au paiement anticipé³¹. C'est ainsi que selon Tevini du Pasquier, la banque qui paie avant échéance ne respecterait pas les termes de son mandat. En indiquant le mode de réalisation du crédit, le donneur d'ordre (respectivement la banque émettrice) donnerait une instruction que la banque se devrait, conformément aux articles 397 et 398 alinéa 2 CO de respecter strictement. En payant à une date autre que celle indiquée dans les conditions de l'accréditif, la banque violerait l'instruction reçue de son mandant et serait en conséquence, irrecevable à réclamer le remboursement de ses frais à son mandant. En payant avant l'échéance, la banque agirait à ses propres risques et périls.

Par ailleurs, s'agissant de l'usage bancaire invoqué par le Tribunal fédéral dans son arrêt, il convient de souligner que si les banques suisses usent largement de cette pratique du paiement anticipé, il n'est pas certain que celle-ci corresponde toujours à l'usage bancaire étranger.

A titre d'exemple, en France, la pratique bancaire semble différente. Selon un auteur³², « il paraît difficile en France tout au moins, de trouver des banques ou des organismes qui admettent que de tels procédés fassent partie intégrante de l'opération de crédit documentaire ». Certains organismes auraient même déconseillé le crédit différé parce que l'escompte serait justement impossible dans le cadre de ce crédit ce qui fait dire, à juste titre, à cet auteur que la pratique du paiement anticipé n'est pas universellement acceptée.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 mai 1985³³, a confirmé cet état de fait puisqu'elle a retenu en ces termes : « la preuve n'est pas rapportée de « l'usage constant » dont fait état le B.S et qui permettrait à un banquier d'anticiper les paiements différés en restant dans le cadre du crédit documentaire, le banquier négociateur d'un tel crédit n'ayant pu acquérir plus de droits que n'en avait le bénéficiaire du crédit, lequel ne pouvait exiger de paiement avant les échéances contractuelles ».

Quant aux banques anglaises, Caprioli³⁴ a relevé qu'elles paraissent pour leur part, réserver le paiement anticipé à leurs propres clients et à la clientèle d'un certain standing : « under a confirmed DPC³⁵ the undertaking given by the confirming bank may be sufficient for the beneficiary to obtain an advance from his own bankers ; [...] Many banks will only make advances or finance DPCs for their own customers or for firms of undoubted standing; rarely will they do so if the credit is unconfirmed³⁶ ».

Ainsi, contrairement à ce qu'affirme le Tribunal fédéral, il n'est pas certain que le paiement anticipé du montant de l'accréditif à paiement différé corresponde toujours à l'usage bancaire étranger.

³⁰ Vasseur, note sous Cass. Com 7 avril 1987, D 1987, v. p 401

³¹ Tevini Du Pasquier, Hofstetter, Bühler

³² Caprioli, cf note 20

³³ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1985, Recueil Dalloz 1986, p 198

³⁴ Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Paris 1992, p 237

³⁵ Deferred Payment Credit

³⁶ Michaël A.Davis, The documentary credits handbook, Cambridge, Woodhead- Faulkner, 1988, v. p 45-46

2- La compatibilité du paiement anticipé avec les RUU

Préalablement, il convient de noter que le Tribunal fédéral a pris soin de rappeler qu'il y avait lieu de tenir compte des RUU de la Chambre de commerce internationale nonobstant le fait que l'arrêt attaqué ne précisait pas si le crédit documentaire en cause renvoyait aux RUU.

Se trouve donc ici posée de manière sous-jacente la question de la nature juridique des RUU et en conséquence, de leur force obligatoire pour des parties qui ne s'y sont aucunement référées.

Le Tribunal fédéral³⁷ et la doctrine dominante³⁸ considèrent que les RUU constituent des conditions générales du contrat. Ces règles font donc partie intégrante du contrat et s'appliquent aux rapports juridiques entre les parties si celles-ci s'y sont expressément référées³⁹.

Selon certains auteurs⁴⁰, une soumission tacite aux RUU fondée sur le principe de confiance peut néanmoins être retenue, les parties à l'opération d'accréditif appartenant à la même branche du commerce international et connaissant inévitablement les RUU.

D'autres auteurs⁴¹ considèrent que les RUU pourraient s'appliquer même sans référence des parties, dans la mesure où le droit suisse admet que des conditions générales trouvent implicitement application à un rapport contractuel si les parties en présence sont des commerçants habitués à traiter entre eux sur la base de conditions générales qu'ils connaissent ou doivent connaître. Cette condition serait satisfaite avec les RUU, uniquement dans les rapports interbancaires ou entre banques et sociétés habituées à utiliser la technique de l'accréditif.

C'est cette dernière conception que semble avoir retenue le Tribunal fédéral dans le présent arrêt puisque selon celui-ci, peu importe de savoir si le crédit documentaire mentionnait l'application des RUU dans la mesure où « ces règles trouvent de toute manière application dans les rapports d'accréditif entre deux banques ».

L'applicabilité des RUU étant établie, il s'agit dès lors de déterminer si dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé, le paiement avant échéance par la banque assignée est compatible avec les dispositions des RUU.

Si, en 1974, une telle problématique n'existait pas (a), en 2004, dans le cadre du présent arrêt, la question a non seulement été soulevée mais également tranchée par le Tribunal fédéral (b).

³⁷ ATF 111 II 76ss, 78 / JdT 1985 I 590ss ; ATF 121 III 436ss, 438/JdT 1996 I 190

³⁸ Lombardini (1994) pp 31-32, Hofstetter (1994) p 150, Dohm (1993) p 5, Engel (1992) p 693

³⁹ Tevini Du Pasquier (1990) p 42, n 116

⁴⁰ Tevini Du Pasquier (1990) pp 42-43, Gani (1987) p 21, Schönle (1968) p 729

⁴¹ Lombardini, Droit et pratique du crédit documentaire Ed. Helbing et Lichtenhahn 2000 p 34-35 ; Stapel p 34 ; Ulrich p 47

a- Une question sans objet en 1974

Avant leur révision de 1983, les RUU ne traitaient pas spécifiquement de l'accréditif à paiement différé, même si ce type de crédit était déjà largement utilisé dans la pratique bancaire. En effet, ce sont les dispositions des RUU 400 qui ont fait référence pour la première fois au crédit documentaire à paiement différé en prévoyant dans leur article 10 a ii et b ii que la confirmation d'un tel crédit constituait « un engagement ferme » de la part de la banque (émettrice, respectivement confirmante) « de payer ou de faire effectuer le paiement à la date ou aux dates déterminables conformément aux stipulations du crédit ».

Ainsi, dans son arrêt de 1974, le Tribunal fédéral n'était pas en mesure de se prononcer sur la compatibilité du paiement anticipé de la créance d'accréditif dans le cas d'un crédit documentaire à paiement différé avec les RUU.

La Haute Cour n'avait d'ailleurs pas manqué de relever que les Règles et Usances Uniformes ne renfermaient aucune disposition particulière sur les crédits à paiement différé.

Tel n'est plus le cas avec les RUU 500 entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1994 et applicables à la présente espèce.

b- Un problème soulevé et tranché par le Tribunal fédéral en 2004

Les RUU 500 prévoient en leur article 9 a ii qu'en présence d'un crédit irrévocable à paiement différé, la banque émettrice doit, pour autant que les documents stipulés aient été remis et que les conditions du crédit soient respectées, payer à la date ou aux dates d'échéance déterminable(s) conformément aux stipulations du crédit.

Si une banque confirmante intervient, l'article 9 b ii précise que la confirmation d'un crédit irrévocable constitue un engagement ferme de la banque confirmante s'ajoutant à celui de la banque émettrice, de sorte que, si le crédit est réalisable par paiement différé, celle-ci doit également payer à la date ou aux dates d'échéances déterminable(s) conformément aux stipulations du crédit.

En l'espèce, la banque émettrice (banque A) s'est appuyée sur le raisonnement tenu par une partie de la doctrine⁴² laquelle, en interprétant de façon littérale l'article 9 b ii, considère que la banque devrait impérativement payer à la date prévue dans l'accréditif et à aucun autre moment.

Or, comme l'ont à juste titre retenu certains auteurs⁴³, l'article 9 b ii RUU de même que les autres dispositions concernant le crédit documentaire à paiement différé ne se prononcent nullement sur la question de savoir si la banque assignée est en droit de payer la somme d'accréditif au bénéficiaire avant l'échéance convenue. L'article 9 a et b RUU se limite à déterminer de quelle façon la banque émettrice ou confirmante doit, en règle générale, payer selon le type de crédit (crédit à vue, crédit à paiement différé etc...) mais reste muet sur la question de savoir si le paiement anticipé est admissible ou prohibé dans le crédit à paiement différé. Cet article n'impose en aucun cas à la banque d'effectuer son paiement précisément à la date stipulée dans le crédit. En effet, il n'est aucunement précisé que la banque assignée doit payer *au plus tôt* ou *exclusivement* à l'échéance. Ainsi, selon cette même doctrine,

⁴² Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Paris 1992

⁴³ Nicolas De Gottrau, Crédit documentaire et garantie bancaire, Journée 2001 de droit bancaire et financier, Ed. Staempfli 2002

lorsqu'il est indiqué que la banque doit payer à l'échéance, cela signifie que ce n'est qu'à cette date que sa dette devient exigible et qu'en conséquence, le bénéficiaire peut exiger le paiement et la banque être remboursée de ses frais.

Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs rallié à cette dernière opinion puisqu'il a considéré que la position selon laquelle le paiement anticipé serait incompatible avec l'accréditif à paiement différé tel que décrit à l'article 9 RUU 500 ne ressortait pas clairement de ce texte.

La Haute Cour a ainsi déclaré en ces termes : « rien ne permet d'affirmer que la banque assignée violerait les RUU en versant le montant du crédit documentaire à paiement différé au bénéficiaire avant l'échéance ».

En conséquence, le Tribunal fédéral a conclu, avec raison, qu'« il y a lieu de considérer que la banque assignée ne viole pas les articles 394 et suivant CO ou les RUU 500 lorsqu'elle s'acquitte du crédit documentaire avant l'échéance ».

Ainsi, en déclarant le paiement anticipé conforme aux obligations contractuelles de la banque assignée telles que résultant du mandat d'une part, et aux RUU d'autre part, le Tribunal fédéral s'est par là même prononcé sur la qualification juridique du paiement avant échéance.

B- La nature juridique du paiement anticipé : une question tranchée par le Tribunal fédéral

Cette question de la nature juridique du paiement avant échéance par la banque au bénéficiaire, se pose régulièrement dans le crédit à paiement différé.

Il est en effet essentiel de déterminer s'il s'agit d'un paiement anticipé de la créance de l'accréditif ou d'une avance effectuée par la banque et remboursable par compensation au moment où le montant de l'accréditif devient exigible.

Le Tribunal fédéral suisse (1) et certaines juridictions étrangères (2) n'adoptent pas la même qualification. Or, compte tenu du fait que la solution sera différente selon le droit applicable, la question de savoir quel est ce droit, a une importance pratique non négligeable.

1- La qualification juridique retenue par le Tribunal fédéral suisse

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt de 1974, a implicitement analysé le paiement par anticipation du montant du crédit par la banque au bénéficiaire comme constituant une exécution anticipée de l'accréditif puisqu'il a considéré que la *banque pouvait s'acquitter de son obligation de paiement avant l'échéance*, conformément à l'article 81 CO et que le donneur d'ordre n'était pas affecté par le fait que la banque *exécute son obligation avant terme*.

Au titre du présent arrêt, le Tribunal fédéral reconnaît, de la même façon, que la banque assignée qui paie avant l'échéance s'acquitte bel et bien de la somme d'accréditif et ne consent pas un prêt, distinct de l'accréditif, au bénéficiaire. En effet, la Haute Cour a retenu que la banque assignée ne violait pas les articles 394 et suivant du CO ou les RUU 500 lorsqu'elle *s'acquittait du crédit documentaire avant l'échéance*.

Ainsi, le Tribunal fédéral n'a pas suivi, à juste titre semble-t-il, l'opinion minoritaire des opposants à la théorie de l'exécution anticipée. Ces derniers font en effet valoir que l'exigibilité de la créance tendant à obtenir le paiement du prix de l'accréditif est fixée d'entente entre toutes les parties et qu'elle ne peut être modifiée en vertu d'un accord conclu uniquement entre une banque et le bénéficiaire.⁴⁴ Il est ainsi soutenu par ces auteurs que la banque, en acceptant d'ouvrir un crédit à paiement différé, s'engage envers le donneur d'ordre à ne pas payer avant l'échéance. Par conséquent, si la banque paye néanmoins, elle ne réalise pas l'accréditif mais accorde à ses risques un crédit au bénéficiaire, remboursable par le produit de l'accréditif.

Selon Tevini du Pasquier⁴⁵, les instructions du donneur d'ordre telles que le mode de réalisation du crédit et le délai dans lequel le bénéficiaire peut obtenir le paiement, forment pour la banque les conditions du crédit que celle-ci se doit de suivre strictement en vertu des articles 397 et 398 alinéa 2 CO et du principe de droit coutumier de la stricte observation des conditions du crédit. Ce même auteur considère ainsi que « peu importent les raisons pour lesquelles le donneur d'ordre, d'entente avec le bénéficiaire, a choisi ce type de crédit, que ce soit pour obtenir un délai afin de rembourser la banque ou pour tout autre motif. Si les conditions du crédit indiquent que le paiement doit être effectué x jours après la présentation des documents, c'est ce jour-là que la banque doit payer. Si la banque, sur la foi du crédit, paye avant le terme, cela ne concerne qu'elle et le bénéficiaire ». Ainsi, la banque qui paie avant l'échéance convenue ne le ferait pas en exécution de sa dette mais accorderait au bénéficiaire un crédit distinct qui ne correspondrait pas à la réalisation de l'accréditif.

Caprioli⁴⁶ considère de la même façon que le paiement anticipé contrevient à la lettre du crédit documentaire à paiement différé et ne saurait en conséquence se situer dans le cadre de l'accréditif, sauf stipulation expresse de la banque émettrice. Ce dernier admet donc la validité du paiement avant échéance à la seule condition que la banque émettrice l'ait expressément autorisé. Cependant, selon cet auteur, l'autorisation du paiement anticipé donnée par le banquier émetteur, sans réserve de fraude du bénéficiaire et de sa découverte avant l'échéance, modifierait la convention de crédit. Reprenant les observations de l'auteur Rives-Lange⁴⁷, Caprioli soutient qu'elle sortirait du cadre de l'avance pour devenir « une exécution, anticipée mais autorisée, du crédit documentaire », avec toutes les conséquences juridiques qui en résultent telles que le remboursement de la banque confirmatrice ou réalisatrice qui exécute le crédit documentaire modifié conformément à ses obligations.

Il importe cependant de noter que cette opinion est contestée par la grande majorité de la doctrine suisse et ce, à juste titre eu égard aux dispositions de l'article 81 CO qui permet au débiteur, si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ni de la nature du contrat (ce qui, selon le but du crédit documentaire à paiement différé n'est pas le cas), de s'exécuter avant que son obligation soit devenue exigible. Il convient donc de considérer que l'opération d'escompte n'est pas distincte du crédit documentaire mais en fait partie intégrante.

Toutefois, il est intéressant d'examiner la position de la Cour de Justice de Genève sur ce point. En effet, la jurisprudence genevoise n'a pas été linéaire et a beaucoup varié quant à cette question du paiement anticipé par la banque assignée.

⁴⁴ Avancini/Iro/Koziol ; Tevini du Pasquier ; Canaris ; Stoufflet

⁴⁵ Tevini du Pasquier, Le crédit documentaire en droit suisse, thèse Genève 1990, p 65

⁴⁶ Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Thèse Paris 1992, p 250

⁴⁷ Jean-Louis Rives-Lange, obs. sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1985, Recueil Dalloz 1986, partie Jurisprudence p 197

En effet, si dans un premier temps, la Cour de Justice de Genève a suivi les conclusions du Tribunal fédéral⁴⁸, elle a ensuite adopté une position totalement différente.

Dans un arrêt de 1993⁴⁹, la Cour a ainsi considéré que le paiement opéré par une banque confirmante en faveur du bénéficiaire avant l'échéance de l'accréditif à paiement différé et sans l'accord préalable de la banque émettrice ou du donneur d'ordre, ne pouvait être assimilé au paiement de l'accréditif. Selon la juridiction genevoise, « en avançant les fonds [au bénéficiaire], la [banque confirmante] s'est simplement substituée au bénéficiaire en tant que cessionnaire ». Dès lors, la banque émettrice et le donneur d'ordre en leur qualité de débiteurs cédés pourraient opposer à la banque confirmante (cessionnaire) toutes les exceptions dont ils disposaient à l'encontre du bénéficiaire (cédant) au moment où ils ont eu connaissance de la cession parmi lesquelles le dol ou la mauvaise foi du bénéficiaire.

Au titre d'un arrêt de 1996⁵⁰, la Cour de Justice de Genève a rappelé qu'elle s'était distancée dans l'arrêt de 1993 sus énoncé, du principe posé par le Tribunal fédéral en 1974 selon lequel le paiement avant échéance par la banque assignée valait exécution anticipée de l'accréditif.

Dans un arrêt de 1999⁵¹, la même Cour a à nouveau considéré que la banque confirmante accordait une simple avance au bénéficiaire auquel elle se substituait comme cessionnaire. Cette théorie de la Cour de Justice de Genève selon laquelle la banque confirmante se substituerait au bénéficiaire, en tant que cessionnaire, en payant la somme d'accréditif de façon anticipée dans un crédit documentaire confirmé, est critiquable.

En effet, en premier lieu, il doit être rappelé qu'une cession de créance doit revêtir la forme écrite. A défaut d'un tel écrit, il ne saurait donc y avoir une quelconque cession au profit de la banque.

En second lieu, la Cour n'a pas précisé quelle créance serait cédée par le bénéficiaire à la banque confirmante. Un auteur n'a pas manqué de relever ce fait.⁵² En effet, dans une opération de crédit documentaire confirmé, le bénéficiaire dispose de trois créances : une créance contre la banque confirmante, une créance contre la banque émettrice et une créance contre le donneur d'ordre fondée sur le rapport de valeur. S'agissant des deux créances contre les banques, il convient de rappeler que dans un crédit documentaire confirmé, chaque banque prend un engagement propre envers le bénéficiaire. En effet, lorsque la seconde banque confirme le crédit documentaire, elle est mandatée et assignée par la banque émettrice de s'obliger à l'égard du bénéficiaire. La banque émettrice et la banque confirmante sont alors engagées de manière identique vis-à-vis du bénéficiaire. Ce dernier reçoit donc dans ce cas, deux engagements de paiement indépendants de ces deux banques.

Dans ces conditions, se pose la question de savoir quelle est la créance visée par la Cour de Justice de Genève dans son raisonnement.

Selon de Gottrau, il n'est pas concevable que le bénéficiaire ait entendu céder la créance qu'il détient à l'égard de la banque émettrice. L'auteur soutient que la banque confirmante n'aurait aucun intérêt économique ni juridique à se faire céder une telle créance, la dette de la banque émettrice étant solidaire et subsidiaire par rapport à celle de la banque confirmante (« ce n'est

⁴⁸ Arrêt ACJ GE non publié du 10 juin 1991, Capala Overseas Limited c/Caisse d'Epargne de la République et Canton de Genève et Barclays Bank Plc

⁴⁹ Arrêt ACJ GE non publié du 4 mars 1993, L.L. UK c. CS SA, RSM et Banque I, consid 6d i.f et 7b i.f

⁵⁰ Arrêt ACJ GE du 22 novembre 1996, Bank Kreiss Aktiengesellschaft c/Société E, SJ 1998 393, 394 consid.4b

⁵¹ Arrêt ACJ GE du 2 septembre 1999, V.Bank c/ F.SA et UBS SA, ACJC/832/1999, consid. 5b

⁵² Nicolas de Gottrau, Crédit documentaire et garantie bancaire : fraude dans l'accréditif à paiement différé et choix des parties citées dans les mesures provisionnelles, Journée 2001 de droit bancaire et financier- Edition Staempfli SA Berne 2002

qu'en cas de défaillance de la banque ayant ajouté sa confirmation que la banque émettrice devra s'exécuter »).

Certes, on voit mal l'intérêt d'une telle opération. Toutefois, il n'est pas certain que la dette de la banque émettrice soit subsidiaire. En effet, si le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt de principe⁵³, que le bénéficiaire d'un crédit documentaire confirmé avait un droit propre contre chacune des deux banques (émettrice et confirmante), il n'a pas, dans cette décision, tranché la question de savoir si la dette de la banque émettrice devenait subsidiaire à celle de la banque confirmante.

Cependant, dans un arrêt plus récent⁵⁴, il a estimé, mais sans procéder à une analyse approfondie de la question, que dans le cas d'un crédit confirmé, « le bénéficiaire pourra s'en prendre à son choix à [la banque confirmante] ou à [la banque émettrice] ». Eu égard à cet arrêt, la cession par le bénéficiaire de la créance qu'il détient envers la banque émettrice paraît un peu moins dépourvue de sens.

Néanmoins, l'article 9b des RUU 500 prévoit désormais que les documents doivent être présentés à la banque confirmante ou à toute autre banque désignée. Selon le commentaire officiel de ces RUU, cela signifie qu'une présentation directe à la banque émettrice, à moins que cela soit autorisé dans le crédit, ne constituera pas une présentation des documents, ni un agissement conforme avec les termes de l'engagement de la banque confirmante. Dans la pratique toutefois, le bénéficiaire présentera généralement toujours les documents d'abord à la banque confirmante située dans son pays, ne serait-ce que pour des raisons de commodité.

Qu'en est-il de la créance détenue par le bénéficiaire contre le donneur d'ordre ? La cession d'une telle créance ne semble pas davantage plausible. En effet, d'une part, le bénéficiaire ne peut faire valoir contre le donneur d'ordre sa créance découlant du rapport de valeur que s'il n'a pu obtenir le paiement de la banque assignée à l'expiration du terme fixé dans l'assignation⁵⁵. D'autre part, toutes les exceptions découlant de ce rapport de valeur (contrat de base liant le bénéficiaire au donneur d'ordre) pourraient être opposées à la banque cessionnaire.

S'agissant enfin de la créance du bénéficiaire contre la banque confirmante, une telle cession serait dépourvue de sens. En effet, comme l'a indiqué de Gottrau, si le bénéficiaire cédait à la banque confirmante la créance qu'il a contre cette dernière, sa créance s'éteindrait par confusion puisque le cessionnaire est en même temps débiteur cédé d'où le non-sens que représenterait une telle cession.

Par ailleurs, il convient de souligner que la théorie de la subrogation aurait pu être envisagée. Cependant, elle a été écartée expressément par le Tribunal fédéral dans l'arrêt objet de la présente étude. En effet, après avoir rappelé l'application des règles du mandat dans les rapports entre la banque émettrice et la banque confirmante et en conséquence, le droit de la banque confirmante qui a procédé au paiement à en obtenir le remboursement par la banque émettrice, la Haute Cour a rappelé en ces termes : « En payant le bénéficiaire, la banque n'acquiert pas par subrogation la créance de ce dernier contre le donneur d'ordre ».

Sur ce point, il convient de noter que la subrogation est un cas de transfert légal de créances qui produit les mêmes effets que la cession. Le Tribunal fédéral semble ainsi, fort légitimement, avoir suivi l'opinion de certains auteurs⁵⁶ qui, après avoir rappelé le principe

⁵³ ATF 78 II 42, 49-50 = JT 1952 I 514, 517-518

⁵⁴ ATF 115 II 67, 70 = JT 1989 I 342, 344

⁵⁵ Article 467 al.2 CO ; article 42 RUU

⁵⁶ Lombardini, Droit et pratique du crédit documentaire, 2^e éd. Bâle 2000, p 23 n°76 ; De Gottrau, Le crédit documentaire et la fraude, thèse Genève 1999, p 279

selon lequel seul un tiers qui paye le créancier peut être légalement subrogé, ont conclu à l'irrecevabilité de la subrogation dans une telle hypothèse. En effet, le paiement au bénéficiaire par la banque confirmante trouve sa cause dans l'accréditif émis. La banque confirmante n'est donc aucunement tiers à ce rapport d'accréditif et ne saurait en conséquence, être subrogée au sens de l'article 110 CO au bénéficiaire lorsqu'elle anticipe son paiement. Par ailleurs, comme l'a fait remarquer de Gottrau, les cas de subrogation sont limitativement prévus par la loi. Or, aucun cas ne trouve application dans une telle situation.

En tout état de cause, cette question de la nature juridique du paiement anticipé n'est pas purement théorique mais revêt une importance considérable. Les incidences de la qualification sont en effet multiples. Les conséquences de la fraude révélée entre le paiement anticipé et l'échéance de l'accréditif ne seront ainsi pas identiques suivant la qualification adoptée. A titre d'exemple, si on considère que la banque a réglé par anticipation sa dette, une mesure provisionnelle du donneur d'ordre sollicitée après le paiement anticipé et tendant à interdire ce dernier serait sans effet. En revanche, si la banque a consenti un prêt au bénéficiaire et qu'il lui est notifié une mesure provisionnelle d'interdiction de payer, elle ne pourra être remboursée puisque le remboursement devait avoir lieu par compensation avec la créance d'accréditif du bénéficiaire contre la banque.

Toutefois, cette problématique n'est pas traitée de manière uniforme dans tous les Etats, loin s'en faut.

2- La position adoptée à l'étranger

Si pour le Tribunal fédéral, le paiement par anticipation est une exécution anticipée de l'accréditif, les juridictions allemandes, françaises et anglaises ainsi que la jurisprudence italienne estiment au contraire qu'il s'agit d'un prêt distinct mais toutes n'en tirent pas les mêmes conclusions⁵⁷.

En premier lieu, les tribunaux allemands ont tranché par l'affirmative la question de la licéité du paiement avant l'échéance de la somme d'accréditif dans le crédit documentaire à paiement différé, considérant à cet égard que l'avance du montant de l'accréditif correspondait à un prêt accordé par la banque au bénéficiaire⁵⁸. L'Oberlandesgericht de Francfort a d'ailleurs insisté sur l'importance pour le vendeur de se procurer du crédit par le biais de l'avance.

S'agissant en second lieu de la position française, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 avril 1985⁵⁹, a qualifié d'escompte une opération de ce genre et a considéré en ces termes : la banque « a pris l'initiative de procéder à l'escompte de ce crédit documentaire à la demande de son client bénéficiaire, dès le 14 février 1984, étant observé que postérieurement à cette date le Crédit Général signalait encore des irrégularités apparentes dans les documents, irrégularités qui n'ont pas été retenues par le donneur d'ordre mais qui, dans le cas contraire, auraient constitué un obstacle sérieux au paiement dudit crédit par la BNP ; Considérant qu'il appartient au seul juge du fond d'apprécier les conséquences de l'escompte pratiqué par le Crédit Général avant la date stipulée dans la convention liant cette banque avec la BNP pour le paiement du crédit documentaire. »

⁵⁷ Voir II-C) de la présente étude

⁵⁸ Arrêt de l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main du 23 mars 1981, Wertpapier-Mitteilungen 1981, p 445
Arrêt du Bundesgerichtshof du 16 mars 1987, Der Betrieb 1987, p 1983

⁵⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 avril 1985, Recueil Dalloz 1986, partie jurisprudence p 195 ss

La Cour a ainsi considéré que le règlement anticipé était une opération distincte et donc indépendante du crédit documentaire.

Il a été procédé à une analyse identique dans un arrêt en date du 28 mai 1985⁶⁰ rendu par la même Cour. La Cour d'appel de Paris a en effet retenu en ces termes :

« Considérant qu'il apparaît dans ces conditions, qu'en versant la somme litigieuse, la société appelante a accordé à sa cliente des facilités de trésorerie indépendantes des obligations nées du contrat de crédit documentaire ; que, ce faisant, la banque a agi non en exécution dudit contrat, mais à des fins qui lui étaient propres et sous sa seule responsabilité, ainsi que l'ont relevé à bon droit les premiers juges ».

En outre et surtout, la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 avril 1987⁶¹, a confirmé la décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 30 avril 1985 en considérant que la fraude découverte entre le paiement anticipé et l'échéance du crédit documentaire à paiement différé autorisait le donneur d'ordre à s'opposer au paiement du montant de ce crédit dès lors que la banque confirmatrice n'avait pas encore exécuté la convention de crédit documentaire. Ainsi, selon la Cour de cassation, l'avance consentie par la banque confirmatrice ne saurait être analysée en un acte d'exécution. La juridiction suprême considère donc qu'il ne saurait y avoir d'exécution qu'à l'échéance.

La majorité de la doctrine française partage cette conception. Caprioli⁶² a ainsi analysé le paiement anticipé du crédit documentaire à paiement différé comme étant une opération distincte sortant de l'opération de crédit documentaire, « une sorte d'avance sur créance qui se dénouera à l'échéance du crédit ». Selon cet auteur, à cette opération indépendante, ni le donneur d'ordre, ni la banque émettrice ne sont parties, ce nouveau contrat liant la banque réalisatrice et le bénéficiaire dans des termes et des conditions librement négociés entre eux.

Caprioli rejette ainsi fortement la conception qui consiste à maintenir le paiement avant échéance dans le cadre du crédit documentaire. Selon ce dernier, « rien n'empêche le bénéficiaire d'obtenir une avance de la banque, mais sous la seule et entière responsabilité de cette dernière et incontestablement hors du cadre de l'opération du crédit documentaire ». L'avance sur créance consentie par la banque serait garantie par l'espérance du dénouement normal à l'échéance du crédit et par l'appréciation des relations d'affaires banque-client (bénéficiaire). Caprioli ne laisse aucun échappatoire à la banque qui a procédé au paiement anticipé puisqu'il soutient qu'« en professionnel averti du commerce international, la banque peut valablement apprécier de courir le risque de voir le crédit annulé ou paralysé en l'estimant réduit ou quasiment nul, et donc juger que la probabilité d'échec du déroulement normal de l'opération permettra le remboursement du crédit par la banque mandante ». Cependant, selon cet auteur, en aucun cas, la banque ne peut contrevenir à la lettre du crédit et engager ses mandants en prétendant maintenir l'avance dans le cadre du crédit documentaire. Caprioli en conclut que la banque réalisatrice a le droit de payer le prix par anticipation, mais à ses risques et périls.

De même, Stoufflet⁶³ considère que les termes de l'accréditif et notamment l'échéance s'imposent aux banques comme au bénéficiaire. Par conséquent, selon lui, si le banquier paie avant la date fixée, il le fait à titre personnel, en dehors du crédit et à ses risques.

⁶⁰ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mai 1985, Recueil Dalloz 1986, partie jurisprudence p 197

⁶¹ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 avril 1987, Recueil Dalloz 1987, partie jurisprudence p 399

⁶² Caprioli, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Thèse Paris 1992

⁶³ Stoufflet, note sous arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1987, Semaine Juridique 1987, note 14 973

En troisième lieu, la jurisprudence anglaise⁶⁴ va dans le même sens puisqu'elle a estimé que la banque confirmante qui avait procédé au paiement anticipé devait être considérée comme n'ayant pas réalisé le crédit mais comme ayant consenti une avance distincte du crédit documentaire, dont elle devait seule assumer les risques à l'égard de la banque émettrice.

En dernier lieu, il convient de noter que la juridiction italienne retient le droit pour la banque confirmante d'escompter le crédit sur présentation des documents, après avoir constaté leur régularité formelle⁶⁵.

En l'état de ces éléments, il semble qu'à l'étranger, la tendance soit à l'adoption de la qualification de prêt. Toutefois, toutes les juridictions n'en tirent pas les mêmes conclusions. C'est ainsi que les jurisprudences allemandes et italiennes admettent que la banque assignée est en droit de procéder au paiement avant échéance et n'a pas en conséquence à supporter les conséquences d'une fraude révélée entre le paiement anticipé et l'échéance de l'accréditif tandis que les tribunaux français et anglais sont d'un avis opposé.

Le Tribunal fédéral se démarque, quant à lui, de l'ensemble de ces positions dans la mesure où tout en qualifiant le paiement avant échéance d'exécution anticipée et licite de l'accréditif, il fait néanmoins peser sur la banque assignée les conséquences d'une fraude révélée entre le paiement anticipé et l'échéance du crédit documentaire à paiement différé.

II- La mise à la charge de la banque assignée des conséquences de la fraude révélée entre le paiement anticipé et l'échéance de l'accréditif : la position surprenante du Tribunal fédéral

Pour s'opposer à son obligation de rembourser le montant du crédit documentaire irrévocable à paiement différé à la banque confirmante, la banque émettrice s'est prévalu d'une fraude.

Le Tribunal fédéral a donc, dans un premier temps, examiné si une fraude avait réellement été commise et découverte entre le paiement anticipé par la banque confirmante et l'échéance de l'accréditif. Après avoir constaté l'existence incontestable d'une telle fraude (A), dans un second temps, la Haute Cour s'est, à juste titre, interrogée sur les conséquences de celle-ci quant à l'obligation de la banque émettrice de rembourser à l'échéance la banque confirmante. Cependant, pour parvenir à la conclusion selon laquelle la banque confirmante devait supporter seule les conséquences de la fraude, le Tribunal fédéral a fait preuve dans son raisonnement, d'une certaine contradiction (B) et dans une moindre mesure, d'inexactitude (C).

En tout état de cause, la position adoptée en définitive par la Haute Cour ne manque pas de surprendre.

⁶⁴ Arrêt non publié de la High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court du 9 juin 1999, Banco Santander SA v. Bayern Ltd and others : Revue de droit bancaire et financier (Paris) n°1, janvier / février 2000, p 22

⁶⁵ Jugement du Tribunal de Bologne du 15 mai 1981, Banca borsa e titoli di credito 1981, pp 170

A- Une fraude incontestablement démontrée

Le Tribunal fédéral ayant relevé la présence d'une manoeuvre frauduleuse émanant du donneur d'ordre et du bénéficiaire découverte après le paiement anticipé par la banque confirmante mais avant l'échéance (1), peu importe que les auteurs de la fraude n'aient pas fait l'objet d'un jugement condamnatore avant la date d'échéance (2).

1- L'existence d'une manoeuvre frauduleuse

Préalablement, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il convenait, dans un premier temps, d'examiner si la fraude invoquée par la banque émettrice pour refuser de rembourser la banque confirmante, aurait permis à la banque assignée de refuser le versement du montant de l'accréditif au bénéficiaire à l'échéance.

Comme l'a relevé la Haute Cour, ce n'est en effet que dans cette hypothèse que l'on peut se demander qui, de la banque émettrice ou de la banque confirmante, doit en supporter les conséquences.

Si le Tribunal fédéral a rigoureusement vérifié l'existence d'une fraude, c'est notamment en raison du fait que, souvent, dans un crédit à paiement différé, le donneur d'ordre profite du fait qu'il reçoit la marchandise avant que la banque ne doive s'exécuter pour essayer d'empêcher le paiement du crédit en se prévalant de défauts dans la marchandise.

Un tel comportement n'est pas admissible. Même si le contrat de base a été mal exécuté, la banque ne peut refuser le paiement du montant d'accréditif au bénéficiaire, les parties devant régler leur litige après le paiement. En effet, il convient de rappeler que le crédit documentaire est régi par le principe de l'abstraction. Cela signifie que l'accréditif est indépendant des autres rapports contractuels. Le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler, dans le présent arrêt, cette règle fondamentale⁶⁶ du crédit documentaire à défaut de laquelle cette institution n'aurait plus aucun attrait dans le commerce international.

En vertu de ce principe qui résulte non seulement des articles 3 et 4 RUU mais également en droit suisse de l'article 468 alinéa 1 CO, l'engagement bancaire est indépendant en premier lieu, du rapport de couverture (mandat) si bien que la banque assignée qui a accepté l'assignation ne peut invoquer les exceptions relevant de ses rapports avec l'assignant (donneur d'ordre ou banque émettrice) pour refuser sa prestation au bénéficiaire (article 468 alinéa 1 CO) de même que ce dernier ne pourra pas non plus se prévaloir des rapports contractuels existant entre les banques ou entre le donneur d'ordre et la banque émettrice (article 3b RUU).

En second lieu, l'engagement de la banque assignée est indépendant du rapport de valeur qui unit le donneur d'ordre au bénéficiaire⁶⁷. Par conséquent, si les conditions du crédit sont réalisées, la banque doit payer au bénéficiaire le prix d'accréditif, même si le contrat de base est nul, invalidé ou résolu. Sur ce point, il est intéressant de relever un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française⁶⁸ qui a eu à statuer sur le sort du crédit documentaire en cas d'annulation de l'accord de base. Les données de l'espèce étaient simples : le contrat de base avait été annulé à la demande de l'acheteur-donneur d'ordre, le jugement d'annulation avait été notifié aux banques intéressées (banque émettrice et banque relais dans le pays de l'exportateur-bénéficiaire) et aucune n'avait formé tierce opposition.

⁶⁶ Consid. 6.1

⁶⁷ ATF 104 II 275, 280 ; ATF 100 II 145, 150

⁶⁸ Cass. Com 8 janvier 1991, Deutsche Bank Asia c/ Sté Axo France et autre, D 1991, Somm 223

Les juges d'appel avaient considéré que l'annulation de la vente emportait anéantissement de la lettre de crédit et qu'en conséquence, la banque relais devait rembourser la banque émettrice qui, elle-même, devait restituer à son client la somme dont il avait été débité en exécution du crédit documentaire ouvert. La cassation était inéluctable. Seule solution pour l'acheteur : agir contre le vendeur en répétition du prix payé en exécution du contrat de vente rétroactivement anéanti.

La Cour de cassation française a ainsi confirmé le principe d'indépendance du crédit documentaire par rapport au contrat de base.

Cependant, en droit suisse comme dans la plupart des systèmes juridiques, l'existence d'un abus de droit commis par le bénéficiaire permet à la banque assignée de refuser d'exécuter son engagement bancaire.

En droit suisse, ce refus de paiement se fonde sur l'article 2 du Code civil qui dispose en son alinéa 1 que chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi et plus particulièrement sur l'alinéa 2 qui prévoit que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi (considérant 6.1 du présent arrêt du Tribunal fédéral).

Le droit allemand sanctionne également l'abus de droit dans le crédit documentaire en se fondant sur une norme générale relative à l'obligation d'agir conformément aux règles de la bonne foi⁶⁹.

Le droit français admet également que « la fraude fait disparaître les droits du bénéficiaire du crédit documentaire ».⁷⁰ Les tribunaux et la doctrine se fondent sur la maxime *fraus omnia corrumpit*.

Les tribunaux anglais ont également développé l'exception de *fraud* face à une demande abusive de paiement formulée par le bénéficiaire.

Cependant, tous ces ordres juridiques ne reconnaissent pas le droit au remboursement de la banque assignée qui a payé avant échéance dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé et qui s'est vue confrontée à la découverte d'une fraude après son paiement mais avant l'échéance.

En revanche, il semble que l'objection de fraude, que ce soit sur le plan national ou international, ne soit toujours acceptée que de façon très restrictive. Il convient d'ailleurs de noter que la fraude ne fait l'objet d'aucune définition dans les RUU et la Chambre de Commerce Internationale (CCI) n'entend nullement réglementer les conséquences de la fraude. La CCI a ainsi affirmé en 1983 « tenir compte du grand problème actuel de la fraude » tout en rappelant néanmoins que les RUU ne sauraient « en faire la police »⁷¹. Selon de Gottrau, cela s'explique par le fait que les RUU sont de nature contractuelle et ne sauraient en conséquence influencer sur les règles impératives des juridictions nationales.⁷²

Face à cette lacune, des jurisprudences se sont ainsi développées.

En Suisse, la jurisprudence se montre très restrictive dans l'admission de l'abus de droit ce qui est légitime eu égard au texte même de l'article 2 alinéa 2 du Code civil qui prohibe l'abus *manifeste* d'un droit.

Dans son arrêt de 1974⁷³ portant sur l'accréditif à paiement différé, le Tribunal fédéral a considéré que la banque ne pouvait refuser de s'acquitter de son obligation de paiement « qu'en cas de machinations frauduleuses », tout en précisant que le comportement abusif du

⁶⁹ § 242 BGB

⁷⁰ Lucas de Leyssac (1991), p16 i.f

⁷¹ CCI (1984), Préface de Bernard S. Wheble, pp 6-7

⁷² De Gottrau (1999), p 123

⁷³ ATF 100 II 145, 151

bénéficiaire devait être prouvé au moment de l'exigibilité de l'obligation de la banque pour que celui-ci puisse s'en prévaloir.

En 1989, la Haute Cour a réaffirmé l'applicabilité de l'article 2 alinéa 2 du Code civil aux relations entre la banque et le bénéficiaire en dépit des principes de la rigueur documentaire et de la nature abstraite de l'engagement fondé sur un accreditif, en soulignant à nouveau qu'il fallait tenir des dérogations pour justifiées dans certains cas exceptionnels, lorsqu'il ne saurait être fait abstraction du contrat de base sans violer les règles de la bonne foi⁷⁴.

En 1993, le Tribunal fédéral a confirmé que ce n'est que dans des cas d'abus de droit manifeste qu'il pouvait être fait obstacle aux principes de l'abstraction et de la rigueur documentaire⁷⁵.

Dans le présent arrêt du Tribunal fédéral, celui-ci a repris la position qu'il avait adoptée en 2001 puis en 2003⁷⁶ selon laquelle l'assigné ne peut se prévaloir d'un abus de droit du fait d'un vice affectant le rapport de valeur que dans des cas particulièrement graves.

La Haute Cour a en effet rappelé en ces termes : « Il faut que l'illicéité ou la contrariété aux mœurs de la créance de base soit évidente ; le vice doit être patent sur le plan juridique et sa démonstration doit pouvoir être apportée de façon immédiate en fait ; le moment déterminant pour juger de la réalisation de ces conditions est celui où l'assignataire réclame l'exécution de l'assignation ; on admet que l'assignataire abuse de son droit lorsqu'il sait ou doit savoir qu'il ne dispose d'aucun droit actuel ou futur en vertu du rapport de valeur, sur la base de preuves immédiatement disponibles, par exemple lorsqu'il est établi que la vente à la base de l'accréditif porte sur des marchandises inexistantes ou d'une valeur bien moindre que le montant que la banque s'est engagée à verser à l'assignataire ».

Il doit encore être mentionné un arrêt en date du 9 mars 2005 rendu par le Tribunal fédéral en matière de lettre de crédit stand by et au titre duquel la Haute Cour devait déterminer si le paiement effectué par une banque suisse confirmatrice d'une telle lettre en faveur d'un bénéficiaire lui ayant présenté un faux document, était dû ou non.

Au titre de cette décision, la Haute Cour a expressément indiqué que la lettre de crédit stand by présentait les caractéristiques d'un accreditif ou crédit documentaire si bien que les principes de base régissant ce dernier tels que le principe de l'abstraction et de la rigueur documentaire s'appliquaient également à la lettre de crédit stand by. Le Tribunal fédéral n'a, en outre, pas manqué d'ajouter que la banque pouvait, de la même façon qu'en matière de crédit documentaire, refuser sa prestation en cas d'abus de droit commis par le bénéficiaire de la lettre de crédit stand by.

Sur ce dernier point, il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral a repris, dans sa définition de l'abus de droit, l'affirmation contenue dans l'arrêt du 1^{er} juin 2004 selon laquelle « le bénéficiaire abuse de l'accréditif lorsqu'il sait ou doit savoir qu'il n'a aucun droit actuel ni futur à l'encontre du donneur d'ordre ». Selon certains auteurs, une telle affirmation pouvait laisser penser que la Haute Cour adoptait une conception subjectiviste de la fraude puisqu'elle semblait exiger la preuve de la mauvaise foi du bénéficiaire pour que l'abus de droit soit constitué.

Or, par cet arrêt du 9 mars 2005, le Tribunal fédéral a retenu le caractère abusif de l'appel à la lettre de crédit stand by au seul motif que l'un des documents présentés par le bénéficiaire

⁷⁴ ATF 115 II 67, 71-72 consid. 2b = JT 1981 I 342, 345-346

⁷⁵ Arrêt non publié du Tribunal fédéral (4P.154/1993), consid. 4a

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.172/2001 du 28 mars 2001 in PJA 2002 p 464 ss ; Arrêt non publié du Tribunal fédéral (4C.344/2002 du 12 novembre 2003)

était un faux sans aucunement mentionner si le bénéficiaire avait ou non conscience de l'absence d'authenticité du document présenté. La Haute Cour semble donc privilégier une notion objective de l'abus de droit.

Toutefois, comme l'a très justement noté Nicolas de Gottrau⁷⁷, il importe de se garder de toute conclusion hâtive dans la mesure où en l'espèce, la mauvaise foi du bénéficiaire pouvait largement être déduite des faits. Il n'en demeure pas moins qu'il serait bon qu'une approche objective de l'abus de droit (c'est-à-dire basée sur la seule fausseté du document sans égard à l'identité de l'auteur du faux) prévale, à peine de transférer sur la banque le risque d'un éventuel défaut d'authenticité des documents ce que le Tribunal fédéral lui-même, a expressément rejeté.

Quoi qu'il en soit, la fraude doit être distinguée de la simple mauvaise exécution du contrat de base qui ne peut conduire la banque à refuser d'exécuter son engagement. Le respect du principe de l'abstraction du crédit documentaire impose en effet une telle conception. En outre, sans cette distinction, les banques pourraient être tentées de faire preuve d'une prudence excessive au détriment de l'efficacité du mécanisme de l'accréditif.

Sur ce point, on peut noter un arrêt ancien datant de 1981 rendu par la Cour de cassation française qui avait rejeté les prétentions d'un donneur d'ordre qui se prévalait d'une mauvaise exécution du contrat de base en retenant l'absence d'incidence de la contestation par l'acheteur de la qualité de la marchandise sur l'obligation de paiement de la banque dès lors que celle-ci avait reçu des documents conformes aux conditions du crédit documentaire irrévocable⁷⁸.

La juridiction suprême avait en effet cassé l'arrêt rendu par une Cour d'appel qui avait fait droit à la demande formée par l'acheteur de saisie-arrêt entre les mains de la banque des fonds versés au motif que la marchandise n'était pas conforme à la commande. La Cour de cassation avait ainsi, à juste titre, rappelé que la banque, tiers saisie et désignée séquestre, avait reçu les documents conformes du vendeur et s'était engagée directement et irrévocablement à son égard d'effectuer le paiement.

Néanmoins, la forme de fraude sanctionnée dans l'arrêt du 7 avril 1987 rendu par la Cour de cassation française⁷⁹ démontre que le juge dispose de larges possibilités de contrôle. En effet, dans cette affaire, la fraude alléguée par le donneur d'ordre n'était pas constituée par la remise d'un document fabriqué par le bénéficiaire ou un complice. Il s'agissait d'un défaut de sincérité de la mention de la facture indiquant la quantité de marchandises contenue dans les cartons expédiés à l'acheteur. Les juges avaient dès lors retenu que le fait d'indiquer sur une facture la livraison d'une quantité de marchandises supérieure à celle réellement expédiée était constitutif d'une fraude autorisant le donneur d'ordre à s'opposer au paiement.

Ces arrêts démontrent que la distinction entre ce qui est qualifié de fraude et ce qui ne l'est pas, est bien subtile. En effet, selon cette jurisprudence, répond à la qualification de fraude la livraison d'une quantité de marchandises supérieure à celle réellement expédiée⁸⁰. En revanche, n'est pas qualifié de fraude le fait que la marchandise livrée en quantité égale à celle prévue par les documents n'est pas conforme aux spécifications du marché⁸¹.

Or, entre le vendeur qui ne livre que 100 colis au lieu de 500 mentionnés dans les documents et le vendeur qui livre des textiles d'une couleur différente de celle prévue au contrat, on peut se demander où est la différence qui justifie une telle différence de traitement. Comme l'a très

⁷⁷ De Gottrau, www.unige.ch/cdbf, actualité n° 308

⁷⁸ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 octobre 1981, Recueil Dalloz 1982, 301, note Vasseur.

⁷⁹ Arrêt susmentionné page 19

⁸⁰ Arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1987 susmentionné page 19

⁸¹ Arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 1981, Recueil Dalloz 1982, 301

pertinemment relevé le Professeur Vasseur⁸², dans les deux situations, ce qui est en cause est l'exécution du contrat, qui s'avère partiellement exécuté dans un cas, mal exécuté dans l'autre. La différence de qualification suivant les arrêts rendus ne peut qu'étonner.

En tout état de cause, cela est propre à démontrer qu'en matière de crédit documentaire, la qualification de fraude et sa prise en compte sont pour le moins fluctuantes.

Dans le cadre de l'arrêt objet de la présente étude, le Tribunal fédéral a, de même, relevé l'existence d'une fraude dont la révélation a eu lieu après le paiement anticipé par la banque confirmante et la vérification des documents par celle-ci mais avant l'échéance de l'accréditif. Sur ce point, la Haute Cour a repris les constatations cantonales desquelles il ressort que d'une part, fin mai 1999, il a été établi par l'ICC que le contenu réel du premier container qui devait être financé par l'accréditif litigieux n'était pas conforme à ce qui était convenu et que d'autre part, en juillet 1999, le même constat a été fait s'agissant du deuxième container concerné par l'accréditif. Le Tribunal fédéral a confirmé que ces opérations n'étaient pas exceptionnelles mais « s'inséraient dans le cadre d'autres fraudes similaires, dans lesquelles la marchandise à transporter était inexistante ou d'une valeur très inférieure à celle indiquée dans les documents ».

Si l'on s'en tient à la première partie de la motivation de la Haute Cour selon laquelle le contenu réel des containers concernés par l'accréditif n'était pas conforme à ce qui était convenu (sous-entendu au contrat), on ne peut que constater que, dans ce cas d'espèce également, ce qui est en cause est la mauvaise exécution du contrat de base. Cependant, ce qui semble avoir convaincu le Tribunal fédéral de retenir la qualification de fraude, est le fait que ces opérations ne constituaient pas des exceptions mais faisaient partie d'une série d'actes frauduleux.

Le Tribunal fédéral a par ailleurs relevé le caractère fictif du contrat de base (vente) mais n'a pas suivi la Cour cantonale dans son raisonnement suivant lequel même si le bénéficiaire C savait que la vente financée était fictive, la fraude était avant tout celle du donneur d'ordre F. En effet, après avoir relevé que le rôle réel du bénéficiaire était difficile à cerner et qu'il semblait plutôt agir comme intermédiaire financier sans participer à l'expédition des marchandises, le Tribunal fédéral a noté que « C était au courant du caractère fictif de la vente, de sorte que, même si l'opération a été initiée par F, le bénéficiaire était également impliqué ».

Le cas d'espèce constitue ainsi un exemple de connivence entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Un auteur⁸³ a relevé, à juste titre, que dans une telle situation, « comme le donneur d'ordre lèvera les documents sans faire aucune réserve, il sera pratiquement impossible à la banque de déceler le défaut de sincérité des documents » ce qui a été le cas en l'espèce puisque la banque confirmante n'a rien pu soupçonner.

Cependant, se pose encore la question de savoir si le défaut de jugement de condamnation des auteurs de la fraude au jour de l'échéance, a une incidence sur la recevabilité de l'exception d'abus de droit.

⁸² Vasseur, note sous arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1987, Recueil Dalloz 1987, p 399

⁸³ Nicolas de Gottrau, thèse Genève 1999, p 113

2- Le défaut de condamnation des auteurs de la fraude : une condition indifférente

Avant de trancher la question de savoir si en définitive, la banque assignée aurait pu valablement opposer l'exception d'abus de droit au bénéficiaire pour refuser le paiement de l'accréditif si elle s'était exécutée à l'échéance, encore faut-il déterminer s'il importait d'obtenir un jugement condamnatore des auteurs de la fraude avant l'échéance du crédit documentaire.

C'est à juste titre que le Tribunal fédéral a répondu à cette question par la négative en considérant qu' « il importe peu qu'aucun jugement condamnatore n'ait été prononcé avant le 30 août 1999, dès lors qu'il suffit que la manœuvre frauduleuse apparaisse évidente à ce moment, ce qui est le cas en l'occurrence ».

En effet, il semble admis, en jurisprudence comme en doctrine, que la banque assignée peut et même doit refuser le paiement lorsque le bénéficiaire commet un abus de droit manifeste en réclamant le paiement de la somme d'accréditif.

Lorsque c'est le donneur d'ordre qui attire l'attention de la banque sur l'existence d'une fraude, il a été considéré que celui-ci devait obtenir une décision judiciaire, à tout le moins provisionnelle, faisant interdiction à la banque de payer l'accréditif.

Le Tribunal fédéral, dans son arrêt de 1974⁸⁴, avait ainsi considéré que « la banque ne peut pas se conformer à un ordre contraire donné après coup par celui qui fait émettre l'accréditif, et doit s'acquitter, au plus tard à l'expiration du délai, de son obligation de payer. Il n'y a d'exception qu'en cas de machinations frauduleuses. Comme la banque qui ouvre l'accréditif n'a toutefois pas à compter avec de telles circonstances extraordinaires car il incombe à l'acheteur de choisir des cocontractants dignes de confiance, elle ne peut se prévaloir d'un comportement abusif du bénéficiaire que s'il est prouvé au moment de l'exigibilité de son obligation. Il faudrait assurément pour cela une ordonnance exécutoire de mesures provisionnelles émanant d'un tribunal compétent et faisant défense de payer, ou même un jugement au fond passé en force ; toutefois, le temps pendant lequel le paiement est différé ne suffit en général pas pour obtenir une telle décision ».

Mais en l'espèce, les données étaient autres puisque la banque confirmante a eu connaissance par elle-même de rumeurs de fraude perpétrée par le donneur d'ordre, fraude qui s'est ensuite révélée impliquer également le bénéficiaire. Au surplus, la fraude a été découverte après que la banque assignée ait procédé au paiement de l'accréditif.

Il n'empêche que le Tribunal fédéral a affirmé qu'il était indifférent qu'aucun jugement de condamnation n'ait été prononcé à l'encontre des fraudeurs, « le montage litigieux s'inscrivant du reste dans le cadre d'une opération de grande envergure ».

La Haute Cour a ainsi fait sienne l'opinion de certains auteurs selon laquelle, en présence d'une fraude manifeste, la banque peut prendre sur elle, même en l'absence de toute décision judiciaire, de refuser le paiement. La banque serait ainsi légitimée à refuser le paiement en présence d'un vice grave tel qu'une fraude dans la transaction de base.

Cet avis semble juste. En effet, la banque qui a été avertie de la fraude et qui a reçu la preuve de celle-ci, peut légitimement refuser de payer le bénéficiaire. Bien plus, l'obligation pour le banquier de refuser l'exécution quand il connaît la fraude semble devoir être reconnue. En effet, dans la mesure où la fraude prouvée vicie les documents, le refus de paiement s'impose. Ce n'est pas seulement une faculté pour la banque⁸⁵.

⁸⁴ ATF 100 II 145, JT 1975 I 326 consid. 4b

⁸⁵ Stoufflet, Payment and transfer in documentary letters of credit, Arizona Law Review, vol.24 n° 2, p 267, n° 8

Cependant, selon Lombardini⁸⁶, cette opinion ne saurait être partagée, les banques étant à même d'apprécier la conformité des documents et non pas l'exécution plus ou moins régulière de la transaction sous-jacente. Cet auteur critique notamment un arrêt rendu en France par la Cour d'appel de Colmar du 14 juin 1985⁸⁷ qui a jugé que la banque confirmatrice qui avait reçu une photocopie tronquée d'un certificat sanitaire, aurait dû refuser le paiement au bénéficiaire dans la mesure où celle-ci avait été avertie par les douanes françaises qu'un document douanier à présenter par le bénéficiaire n'était pas digne de foi. D'après Lombardini, le fait que les documents présentés soient dignes de foi ou non concernait uniquement les parties à la transaction de base et la banque devait se limiter à payer contre les documents présentés.

Une telle opinion peut toutefois être contestée au regard des RUU 500. En effet, si l'article 15 RUU dispose notamment que les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique du/des documents, l'article 13 RUU prévoit que les banques doivent examiner avec un soin raisonnable les documents présentés. Par conséquent, il paraît difficile de considérer que la banque qui ne prend aucunement en considération le constat d'une autorité douanière quant à l'authenticité d'un document présenté par le bénéficiaire, ait exécuté sa mission avec un soin raisonnable. La solution adoptée par les juges d'appel français se justifie donc.

En tout état de cause, en l'espèce, la fraude était évidente et démontrée au 30 août 1999, date d'échéance de l'accréditif. Il ne s'agissait pas de simples soupçons. La machination frauduleuse s'inscrivait en outre dans le cadre d'une opération frauduleuse de grande envergure.

C'est donc fort légitimement que le Tribunal fédéral en a conclu que la banque assignée aurait pu valablement opposer l'exception d'abus de droit à C pour refuser le paiement de l'accréditif, si elle s'était exécutée à l'échéance du 30 août 1999.

Ainsi, si cette partie du raisonnement du Tribunal fédéral n'est pas critiquable, il n'en va pas de même s'agissant de l'exposé des motifs qui l'ont conduit à mettre à la charge de la banque confirmante les conséquences de la fraude.

B- Un raisonnement néanmoins empreint de contradiction

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a déclaré admissible le paiement par anticipation du montant de l'accréditif par la banque émettrice ou confirmante au bénéficiaire.

La Haute Cour a en effet retenu en ces termes : « l'accréditif irrévocable à paiement différé prévoit, par définition, un délai entre la présentation des documents et le paiement. A moins que les parties ne l'aient expressément exclu, les relations juridiques régissant le crédit documentaire ne s'opposent pas à ce que la banque émettrice ou, le cas échéant, la banque confirmante verse par anticipation le montant de l'accréditif au bénéficiaire. »

Le Tribunal fédéral a donc commencé par juger, à juste titre, que la banque assignée ne violait pas ses obligations contractuelles spécifiées dans le contrat de mandat et dans les RUU en

⁸⁶ Lombardini, Droit et pratique du crédit documentaire, Ed. Helbing & Lichtenhahn 2000, p123

⁸⁷ CA Colmar UBS c. Banque fédérative du Crédit mutuel et Plats cuisinés Hubsch, D 1986, Som Com p 218

s'acquittant du crédit documentaire avant l'échéance sans obtenir le consentement de son mandant pour autant que ce dernier ne lui en ait pas fait interdiction.

Cette conception est convaincante eu égard aux dispositions du mandat (articles 394 et suivant CO), aux RUU 500 et à l'article 81 alinéa 1 CO qui dispose que « le débiteur peut exécuter son obligation avant l'échéance, si l'intention contraire des parties ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat, ni des circonstances ». On pouvait ainsi se réjouir de cette position qui s'inscrit d'ailleurs dans la tendance jurisprudentielle du Tribunal fédéral lequel, en 1974, avait déjà admis la licéité d'un tel paiement avant échéance.

Dès lors, on pouvait légitimement s'attendre à ce que le Tribunal fédéral exonère la banque qui paie avant échéance de toute responsabilité en cas de fraude commise par le bénéficiaire. Or, il en a été tout autrement.

Tout d'abord, le Tribunal fédéral a noté que dans son arrêt de 1974, certes, il avait admis le principe du paiement anticipé mais en revanche, il n'avait pas directement abordé la question de savoir si le donneur d'ordre ou la banque émettrice pouvait tout de même se prévaloir d'une fraude révélée postérieurement au paiement par anticipation pour refuser de rembourser la banque assignée à l'échéance. La Haute Cour a ainsi relevé qu'en 1974, elle avait certes confirmé un jugement cantonal rejetant l'action des donneurs d'ordre qui invoquaient une fraude pour essayer de récupérer les avoirs qu'ils avaient mis en gage auprès de la banque, mais sans motiver précisément sa position.

Cet attendu introductif laissait donc présager que le Tribunal fédéral allait cette fois-ci justifier soigneusement sa position.

Il est vrai que dans le présent arrêt, le Tribunal fédéral a exposé de manière détaillée sa réflexion. Toutefois, la conclusion à laquelle il a abouti au terme de son raisonnement est pour le moins surprenante.

Préalablement, il est intéressant de relever que le Tribunal fédéral a pris soin d'exposer les différentes conceptions doctrinales avant de retenir l'une d'entre elles, sans toutefois le déclarer explicitement.

En effet, il n'a suivi ni les auteurs minoritaires qui considèrent comme illicite le paiement anticipé dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé ni la doctrine selon laquelle la fraude encore inconnue au moment du paiement anticipé empêche le donneur d'ordre ou la banque émettrice d'invoquer l'article 2 alinéa 2 du Code civil pour s'exonérer de ses obligations de payer à l'échéance (même si une fraude manifeste a été découverte postérieurement).

La Haute Cour ne s'est pas davantage ralliée à la théorie selon laquelle la banque assignée, en escomptant l'accréditif, prendrait un engagement distinct du crédit documentaire recevant la qualification de prêt indépendant.

Quant à cette partie de la doctrine qui soutient que, lorsqu'elle escompte un accréditif, la banque assignée prive le donneur d'ordre de la possibilité d'invoquer un abus de droit pour s'opposer au paiement si une fraude est révélée postérieurement au versement anticipé, mais avant l'échéance prévue dans le crédit documentaire, elle semble avoir séduit le Tribunal fédéral dans la mesure où il a, de la même façon que ces auteurs, considéré que la banque qui avait payé de manière anticipée, devait assumer les risques d'une fraude révélée postérieurement à l'escompte accordé mais avant l'échéance du crédit documentaire. La Haute Cour est en effet parvenue à cette conclusion sans utiliser la construction juridique du prêt puisqu'au titre du présent arrêt, elle a reconnu que la banque assignée qui paie avant

l'échéance s'acquitte bel et bien de la somme d'accréditif et ne consent pas un prêt, distinct de l'accréditif, au bénéficiaire⁸⁸.

Si le Tribunal fédéral avait soutenu qu'en payant de manière anticipée, la banque commettait une irrégularité, il aurait été logique qu'il refuse à celle-ci le droit à être remboursée à l'échéance en cas de survenance d'une fraude.

Or, en l'espèce, la Haute Cour a considéré comme licite le paiement avant échéance dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé. Toutefois, selon cette dernière, « si un tel procédé est admissible, il ne saurait en revanche permettre à la banque qui a payé avant l'échéance de modifier unilatéralement et à son avantage les termes de l'accréditif à paiement différé, alors que, comme le rappelle l'article 9 d i RUU 500, une fois ouvert, le crédit documentaire irrévocable ne peut être modifié sans l'accord de toutes les parties. »

Le Tribunal fédéral considère ainsi que la banque qui paie avant échéance modifie à son avantage et unilatéralement les termes de l'accréditif à paiement différé.

Un tel raisonnement ne manque pas de surprendre.

En premier lieu, en effet, le Tribunal fédéral retient que la banque assignée peut payer par anticipation sans violer son mandat tout en affirmant que si elle paie avant l'échéance, elle modifie le crédit documentaire sans l'accord du bénéficiaire ce qui revient à dire que la banque viole ses obligations contractuelles de mandataire.

La contradiction est manifeste même si le Tribunal fédéral ne relève pas expressément la violation par la banque assignée des règles du mandat. En effet, comme l'a mentionné très justement Nicolas de Gottrau,⁸⁹ « l'affirmation est implicite, à défaut de quoi on ne voit pas comment le droit de la banque mandataire au remboursement de ses frais lui serait dénié » puisque c'est précisément la bonne et fidèle exécution du mandat (article 398 alinéa 2 CO) qui fait naître la créance du mandataire en remboursement de ses frais contre son mandant (article 402 alinéa 1 CO).

En second lieu, il semble que le Tribunal fédéral s'est rallié à la théorie de certains auteurs⁹⁰ qui soutiennent que l'exigibilité de la créance tendant à obtenir le paiement du prix de l'accréditif est fixée d'entente entre toutes les parties et qu'elle ne peut être modifiée en vertu d'un accord conclu uniquement entre une banque et le bénéficiaire. Pour Lombardini⁹¹, ce qui est décisif pour trancher le débat, c'est que les RUU et notamment l'article 9 a ii définissent le paiement différé comme étant celui fait à l'échéance fixée. Selon cet auteur, « l'objet du mandat donné aux banques est celui de payer à cette échéance ; un paiement effectué avant cette échéance ne peut donc être un paiement différé ».

Le Tribunal fédéral n'a cependant pas retenu le fondement de l'article 9 a ii RUU 500 pour faire supporter à la banque assignée les conséquences de la fraude. En revanche, la Haute Cour s'est fondée sur l'article 9 d i RUU 500 qui dispose qu'un crédit irrévocable ne peut être ni amendé ni annulé sans l'accord de la banque émettrice, de la banque confirmante s'il y en a une, et du bénéficiaire.

Ainsi, si le Tribunal fédéral considère que la banque qui paie avant échéance amende le crédit documentaire à paiement différé, c'est bien qu'il reconnaît, tout comme Lombardini, que l'objet du mandat donné aux banques dans le cadre d'un tel accréditif est de payer impérativement à l'échéance fixée. Les deux conceptions se rejoignent donc même si le fondement textuel n'est pas identique.

⁸⁸ Cf I-B de la présente étude

⁸⁹ Nicolas de Gottrau, Actualité n°234 du 19 juillet 2004, www.unige.ch/cdbf

⁹⁰ Avancini/ Iro/Koziol, p 390 ss

⁹¹ Lombardini, Droit et pratique du crédit documentaire, 2^e Ed. Helbing & Lichtenhahn

En troisième lieu, le Tribunal fédéral a rejeté l'objection liée au caractère abstrait du crédit documentaire invoquée par la banque émettrice demanderesse en considérant que « s'il est vrai que le crédit documentaire à paiement différé n'a pas pour but de permettre au donneur d'ordre de vérifier l'état de la marchandise dans le délai de paiement ou de le protéger contre une fraude éventuelle, sous peine de faire perdre à l'accréditif sa fonction de garantie de paiement, il n'en demeure pas moins que l'exception tirée de l'article 2 alinéa 2 du Code civil en cas de fraude constitue précisément une situation exceptionnelle dans laquelle il est admis que l'on puisse s'écarter de l'abstraction documentaire. »

La Haute Cour a ainsi réaffirmé le principe qu'elle avait déjà affirmé dans son arrêt de 1974 et selon lequel l'obligation découlant de l'accréditif a un caractère abstrait et est soumise à la rigueur des documents.

Déjà en 1974, le Tribunal fédéral avait retenu que le contrat de base ne regardait les banques en aucune façon, toutes les parties intéressées ayant à considérer les documents à l'exclusion des marchandises, le paiement et le remboursement devant intervenir sans condition à réception des documents conformes aux conditions du crédit.

Le Tribunal avait ainsi considéré en ces termes : « l'accréditif à paiement différé n'a pas pour but de permettre au donneur d'ordre de vérifier l'état de la marchandise dans le délai de paiement, ni, au cas où cette dernière ne correspondrait pas au contrat, d'inviter la banque qui ouvre l'accréditif à en refuser le paiement ». Le Tribunal fédéral avait ajouté très justement que « l'acheteur qui fait émettre l'accréditif ne peut se prémunir dans une certaine mesure contre une livraison de marchandises non conformes au contrat qu'en exigeant, lors du mandat d'ouverture du crédit, comme condition de l'accréditif, soit la présentation d'un certificat de qualité dressé par un expert du lieu d'expédition ou du lieu d'arrivée, soit, conformément à un usage bien établi, l'insertion de la clause “payable après contrôle ou réception par l'acheteur ” ».

Or, en faisant supporter les risques de fraude par la banque qui procède au paiement anticipé, le Tribunal fédéral remet en cause le principe de l'abstraction.

En effet, cela revient à faire prévaloir l'intérêt de l'acheteur à se protéger contre une fraude éventuelle, ce dernier bénéficiant de la faculté de pouvoir solliciter une interdiction de paiement en raison d'une fraude éventuelle jusqu'au terme de l'accréditif et ce, alors même qu'il est unanimement admis, y compris par le Tribunal fédéral, que le but de l'accréditif à paiement différé n'est pas de permettre au donneur d'ordre de se protéger contre une fraude éventuelle du bénéficiaire.

Dans son arrêt de 1974, la Haute Cour avait d'ailleurs considéré que la banque n'avait « pas à compter avec de telles circonstances extraordinaires (i.e. machinations frauduleuses) car il incombe à l'acheteur de choisir des cocontractants dignes de confiance ».

En retenant cette conception consistant à faire peser sur la banque le risque de fraude, celle-ci ne pourrait se fier aux documents, même conformes en apparence et devrait laisser au donneur d'ordre le temps de vérifier qu'une fraude n'a pas été commise. Comme l'a à juste titre relevé un auteur français⁹², la banque devrait donc « suspecter systématiquement la fraude possible » et se trouverait dès lors « impliquée dans l'exécution du contrat de base » ce qui est contraire au principe de l'abstraction et à l'article 15 RUU qui dispose notamment que « les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique du/des document(s) [...]. Elles n'assument également aucun engagement ni responsabilité quant à la désignation, la quantité, le poids, la qualité[...] des marchandises représentées par un document quelconque ».

⁹² Vasseur 1987a, p 401, n°9 i.f

Certains auteurs⁹³ ne partagent cependant pas ce point de vue et considèrent que le donneur d'ordre d'un crédit à paiement différé est dans une position privilégiée par rapport au donneur d'ordre d'un accreditif réalisable par un autre moyen dans la mesure où il dispose de plus de temps pour demander une intervention judiciaire pour sauvegarder ses droits. Cependant, selon cette doctrine, le fait que le donneur d'ordre puisse ainsi se protéger contre les risques de fraude serait tout à fait légitime et parfaitement conforme aux principes fondamentaux de l'accreditif ce qui est cependant contestable.

Un auteur français⁹⁴ a même affirmé que le paiement différé aurait notamment pour objectif chez le donneur d'ordre de se protéger contre la multiplication des fraudes et qu'en conséquence, ce dernier entendrait que le délai stipulé soit scrupuleusement observé par la banque réalisatrice.

Bien plus, certains juges français⁹⁵ sont allés jusqu'à relever que la stipulation de paiement différé « était de nature à permettre au donneur d'ordre, en l'absence de contrôle des marchandises au départ, de vérifier à l'arrivée si la livraison de ces marchandises correspondait aux documents remis par le bénéficiaire à l'appui du crédit documentaire ».

Entendu d'un point de vue littéral, cet attendu semble donner au donneur d'ordre plus de droits qu'il n'en a dans le droit du crédit documentaire.

Un tel raisonnement est pour le moins critiquable. En effet, admettre que le but de ce type de crédit est de permettre au donneur d'ordre de faire dépendre son paiement de l'examen de la marchandise est totalement contraire au principe de l'abstraction du crédit documentaire qui impose une totale indépendance de l'engagement des banques émettrice ou confirmante par rapport à la relation entre l'acheteur et le vendeur⁹⁶.

En outre, avec une telle conception, le risque est grand que le donneur d'ordre bloque à son gré l'opération. D'ailleurs, dans un article consacré à la « Révision 1983 » des RUU, le Professeur B. Kozolchyk remarquait qu'« une des difficultés majeures du crédit à paiement différé a toujours été que l'acheteur s'efforce d'empêcher le paiement par la banque une fois qu'il découvre des difficultés avec la marchandise embarquée ou son prix, découverte rendue possible par le délai de paiement⁹⁷ ».

Claude Martin⁹⁸ a, de la même façon relevé qu'à plus d'une reprise, des procédures sont engagées afin d'entraver le déroulement normal de l'opération en ajoutant que « ces manifestations d'interventionnisme judiciaire dans un mécanisme qui, pour reprendre une définition célèbre du juge Kerr, est "the life-blood of international commerce" semblent bien se multiplier ».

Toutefois, selon un auteur français⁹⁹, la Cour d'appel de Paris n'aurait pas dit que la finalité du crédit à paiement différé était de permettre la vérification des marchandises mais elle aurait tout simplement constaté cette possibilité avec beaucoup de bon sens, et de conclure : « Le crédit documentaire réalisable par paiement différé n'a certes pas été créé dans ce but mais sa technique même aboutit à ce résultat ».

Quoi qu'il en soit, il est intéressant de noter que la Cour de cassation française, dans son arrêt du 7 avril 1987¹⁰⁰ confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 avril 1985, n'a pas repris cette affirmation d'un droit d'examen des marchandises.

⁹³ Tevini du Pasquier,

⁹⁴ Jean Stoufflet, Dalloz 1986, p 199

⁹⁵ Cour d'appel de Paris, 30 avril 1985, Banque 1985.755

⁹⁶ Nicolas de Gottrau, Thèse Genève 1999, p 281

⁹⁷ B. Kozolchyk, The U.C.P. Revision, Trade Practices and Court Decisions : a Plea for a closer Relationship, Canadian business Law Journal, vol. 9 (1984), p 214-241

⁹⁸ Claude Martin « Les pièges du crédit documentaire à paiement différé », Revue de la Banque (Bruxelles) 1986 p 41 ss.

⁹⁹ Jean Puech, Les conflits entre le crédit documentaire et le droit français, D 1986 p 21

¹⁰⁰ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 avril 1987, Banque 1987, p 625

Par ailleurs, il convient de relever que selon le Tribunal fédéral, « l'exception tirée de l'article 2 alinéa 2 du Code civil en cas de fraude constitue précisément une situation exceptionnelle dans laquelle il est admis que l'on puisse s'écarter de l'abstraction documentaire ». La Haute Cour considère donc que la fraude commise par le bénéficiaire est constitutive d'une dérogation au principe de l'abstraction.

Cette conception est néanmoins contestable dans la mesure où il n'est pas certain que l'abus de droit constitue une exception audit principe.

En effet, comme l'ont, à juste titre, mentionné certains auteurs¹⁰¹, lorsque le bénéficiaire agit de façon frauduleuse afin d'obtenir sans droit la somme d'accréditif, il ne dispose dans une telle situation que d'une créance « apparente », ou plutôt même inexistante contre la banque, créance dont il ne peut demander le paiement. « Il ne s'agit alors non pas d'un cas où l'engagement bancaire devient dépendant du rapport de valeur, mais d'une situation où la prestation de la banque en exécution de sa propre dette n'est en réalité pas due »¹⁰².

La considération du Tribunal fédéral ne fait donc pas l'unanimité même si une autre partie de la doctrine¹⁰³ semble aller dans le même sens que ce dernier en considérant que les comportements constitutifs d'abus de droit sont des cas exceptionnels où l'engagement de la banque dépend du rapport de valeur c'est-à-dire du rapport contractuel de base liant le donneur d'ordre au bénéficiaire.

En quatrième lieu, selon le Tribunal fédéral, « dans l'hypothèse où l'on refuserait au donneur d'ordre ou à la banque émettrice en cas de rapport quadrangulaire la possibilité de se prévaloir d'une fraude découverte postérieurement au paiement anticipé pour s'opposer au remboursement de la banque confirmante assignée à l'échéance, on laisserait cette dernière se prémunir unilatéralement contre un tel risque. » Pour la Haute Cour, il suffirait ainsi à la banque assignée d'escompter l'accréditif le plus rapidement possible après l'acceptation des documents, pour éviter toute objection liée à une fraude découverte postérieurement.

Un tel raisonnement peut toutefois être critiqué. En effet, il convient de rappeler que la banque assignée doit faire preuve dans l'examen des documents, du « soin raisonnable » exigé par l'article 13 a RUU ainsi que de la diligence requise à l'article 398 alinéa 2 CO et doit tenir compte des pratiques bancaires internationales telles que reflétées dans les RUU dans la détermination de la conformité apparente des documents.

Afin de déterminer si la banque a exécuté son obligation d'examen avec soin, il convient donc de vérifier si un banquier placé dans des conditions identiques n'aurait pas manqué de découvrir une non-conformité. Car si la banque ne se rend pas compte, du fait d'un examen défaillant de sa part, que les documents sont non-conformes et en conséquence, accepte ces derniers, elle ne pourra plus refuser au bénéficiaire le paiement du montant de l'accréditif et ce, en vertu du principe « paiement contre documents ». En effet, la banque a l'obligation de refuser des documents non-conformes. Si elle viole cette obligation, elle seule doit en supporter les conséquences puisqu'elle a, dans une telle hypothèse, failli dans l'exécution de son contrat de mandat.

Par conséquent, si comme le Tribunal fédéral l'envisage dans son attendu, une banque assignée escomptait volontairement l'accréditif à paiement différé très rapidement après l'acceptation des documents afin de se couvrir en cas de fraude, il n'est pas certain que la banque confirmante pourrait exiger de la banque émettrice le remboursement. S'il est démontré qu'en faisant preuve de diligence, la banque confirmante aurait pu découvrir au jour de son paiement anticipé au bénéficiaire la non-conformité des documents, celle-ci devrait

¹⁰¹ Nicolas de Gottrau, Thèse 1999, p 104

Tevini du Pasquier (1990), p 94 et 107, n. 191 avec référence à Merz (1966), n°28

¹⁰² Tevini du Pasquier (1990), p 229 ; Lombardini (1994), p125-126

¹⁰³ Schönle (1983), p 73

seule supporter les conséquences de sa faute et ne pourrait exiger de la banque émettrice d'être remboursée et ce, même si la banque avait auparavant accepté les documents.

En effet, selon certains auteurs¹⁰⁴, la banque qui a accepté les documents et qui découvre après coup (au moment du paiement au bénéficiaire) une situation constitutive d'abus de droit manifeste, peut alors refuser de procéder au paiement de la somme d'accréditif au bénéficiaire. D'après l'opinion de Tevini du Pasquier, si la fraude « vicie tout », elle « vicie » également le principe du paiement contre documents. Par conséquent, dans une telle situation, la banque émettrice pourrait reprocher à la banque confirmante d'avoir payé le bénéficiaire.

Aussi, il ne semble pas qu'il soit aussi facile que le laisse entendre le Tribunal fédéral, pour la banque confirmante de se prémunir unilatéralement contre une éventuelle fraude commise par le bénéficiaire. Pour que la banque confirmante ne puisse se voir reprocher aucune faute par la banque émettrice, encore faut-il que la première n'ait eu aucun moyen de détecter la fraude au jour de son paiement anticipé. Il faut que la banque confirmante, en dépit du « soin raisonnable » porté à l'examen des documents, n'ait pas été à même de déceler une fraude. Si le défaut de découverte de la fraude à cette date résulte d'une défaillance de sa part dans l'exécution de son obligation d'examen des documents, la banque confirmante pourra se voir refuser le remboursement par la banque émettrice du montant de l'accréditif qu'elle a versé de manière anticipée. Dans une telle situation, la banque confirmante qui supporte finalement le préjudice patrimonial parce qu'elle a mal exécuté son mandat, ne dispose donc d'aucune créance contre son mandant, la banque émettrice. Cependant, elle peut se retourner contre le bénéficiaire, auteur de la fraude pour obtenir la restitution de ce qu'elle a payé à tort. Si le droit suisse s'applique, la banque dispose ainsi d'une action en répétition de l'indu et d'une prétention pour responsabilité délictuelle à l'encontre du bénéficiaire, pour autant que les conditions de ces actions soient réalisées¹⁰⁵.

En l'état de ces éléments, il est dommage que le Tribunal fédéral se soit limité à suivre la doctrine majoritaire selon laquelle le paiement anticipé est compatible avec l'institution du crédit documentaire à paiement différé sans aller plus loin. Il aurait en effet été plus cohérent de poursuivre en considérant que, dès lors que la fraude n'est pas encore connue au moment du paiement anticipé, le donneur d'ordre ou la banque émettrice ne peut invoquer l'article 2 alinéa 2 du Code civil pour s'exonérer de ses obligations de payer à l'échéance, même si une fraude manifeste a été découverte postérieurement. En effet, comme l'a relevé le Tribunal fédéral, selon cette conception, une fois les documents remis et le paiement effectué, même de manière anticipée, les engagements irrévocables et inconditionnels de la banque émettrice ou, le cas échéant, confirmante se figent.

Ainsi, à la lumière de ces observations, le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral n'est pas exempt de contradictions.

En outre, il importe de mentionner que la conclusion de la Haute Cour relative à l'état de la jurisprudence étrangère et à une prétendue tendance nette qui se dessinerait au sein de celle-ci, suscite des critiques.

Le Tribunal fédéral a en effet fait preuve d'une certaine inexactitude dans ses considérations.

¹⁰⁴ Nicolas de Gottrau, Thèse Genève 1999, p 232

Tevini du Pasquier (1990) p 231-232

¹⁰⁵ Nicolas de Gottrau, Thèse Genève 1999, p 258 et suivant

C- Une décision non exempte d'inexactitude

Après avoir rendu compte des diverses conceptions doctrinales, le Tribunal fédéral a fait état de la jurisprudence étrangère sur cette question de la fraude et de ses conséquences dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé.

La Haute Cour a relevé que « la position selon laquelle la banque assignée ne viole pas ses obligations contractuelles en versant au bénéficiaire le montant du crédit documentaire à paiement différé avant l'échéance, est en l'état actuel largement admise » ce qui semble être effectivement le cas.

Cependant, le Tribunal fédéral a cru bon ajouter que « même si les constructions juridiques proposées divergent, une tendance nette se dessine également, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence étrangère, pour reconnaître que la banque qui agit de la sorte doit en supporter elle-même les risques, notamment si un cas de fraude est révélé après le paiement anticipé, mais avant l'échéance de l'accréditif ». Selon la haute juridiction, cette conception paraît convaincante.

Le Tribunal fédéral a ainsi justifié son raisonnement et ses conclusions notamment par cette prétendue tendance jurisprudentielle étrangère.

Or, contrairement à ce qui est allégué par le Tribunal fédéral, il n'est pas certain que la tendance soit aussi nette. En effet, la situation est loin d'être clarifiée. Il n'existe manifestement aucune unité sur ce point. La question du paiement avant échéance dans le cadre d'un crédit à paiement différé qui a été vivement débattue en doctrine, a ainsi été tranchée de façon contrastée par la jurisprudence étrangère.

Toutefois, deux courants se dégagent : d'un côté, les tribunaux allemands et italiens qui adoptent une position similaire et de l'autre, la jurisprudence française qui peut être rapprochée de la jurisprudence anglaise.

1- Les positions italienne et allemande

En premier lieu, s'agissant de la position allemande, le Tribunal fédéral s'est limité à citer la décision du Bundesgerichtshof du 16 mars 1987¹⁰⁶ qui a considéré que le paiement d'un accréditif avant l'échéance correspondait à un prêt accordé par la banque au bénéficiaire et que celle-ci devait, en conséquence, en assumer les risques.

Fort heureusement, la Haute Cour a pris soin de préciser que cette jurisprudence se rapportait à une banque notificatrice, seulement chargée de payer pour la banque émettrice et non d'une banque confirmante.

Certes, le Tribunal fédéral avait déjà relevé dans un arrêt de 1997¹⁰⁷ que ledit arrêt du Bundesgerichtshof concernait non pas une banque confirmante mais uniquement une banque notificatrice chargée de payer pour la banque émettrice.

¹⁰⁶ Der Betrieb 1987, p 1983 ; Neue Juristische Wochenschrift 1987, p 2578 ; Wertpapier-Mitteilungen 1987, p 977 ; Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis 1987, p 1038

¹⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 15 décembre 1997, Société E. c/ Bank Kreiss Aktiengesellschaft, SJ 1998 388, 391-392 consid 2bb

Néanmoins, rappeler ce fait dans le présent arrêt n'était nullement inutile puisque certains auteurs¹⁰⁸ et même la Cour de Justice de Genève¹⁰⁹ n'ont pas hésité à soutenir, de manière surprenante, que cette décision allemande constituait un revirement de jurisprudence. Or, tel n'est aucunement le cas.

Il convient en effet ici de rappeler la jurisprudence antérieure des tribunaux allemands et plus particulièrement l'arrêt du 23 mars 1981 rendu par l'Oberlandesgericht de Francfort-sur-le-Main¹¹⁰. Ce dernier avait tranché par l'affirmative la question de la licéité du paiement avant l'échéance de la somme d'accréditif dans le crédit documentaire à paiement différé et avait considéré que l'avance du montant de l'accréditif après prise de possession préalable des documents constituait pour la banque confirmante « un comportement tout à fait normal et d'un intérêt économique évident ».

La juridiction allemande avait également retenu, en se référant expressément à l'arrêt du Tribunal fédéral suisse de 1974, que « [...] le risque d'une telle avance d'un accréditif avec paiement différé ne [pouvait] être à la charge de la banque confirmatrice qui fait l'avance si, auparavant, il a été procédé à la prise de possession des documents afférents à l'accréditif et si la banque qui a fait l'avance n'a aucune raison de douter de l'exécution conforme du contrat de vente, dont elle n'a pas, du reste, à se préoccuper ».

Selon l'Oberlandesgericht de Francfort, « en partant du principe de l'équilibre contractuel, on doit considérer qu'il est approprié que le vendeur puisse se procurer du crédit par le biais de l'avance. Une telle possibilité serait remise en cause si, en dépit de la prise de possession des documents, la banque confirmatrice devait avoir des doutes quant à son droit à remboursement. »

Le Tribunal allemand a donc jugé que la banque confirmante avait le droit d'être remboursée quand bien même il s'avérait que le vendeur, à la date ultime d'embarquement de la marchandise, n'avait expédié qu'une partie de la cargaison, ce que la banque confirmante ignorait au moment où elle a procédé au paiement anticipé de l'intégralité de la somme d'accréditif.

Certes, le Bundesgerichtshof allemand a considéré dans son arrêt de 1987 que la banque qui avait escompté la somme d'accréditif dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé ne pouvait obtenir aucun remboursement de la part de la banque émettrice en cas d'abus de droit commis par le bénéficiaire.

Toutefois, cet arrêt ne concernait nullement une banque confirmante mais seulement une banque notificatrice de paiement contrairement à ce qu'ont soutenu certains auteurs. Ces derniers opposés à l'escompte de la créance du bénéficiaire dans le cadre du crédit documentaire à paiement différé ont manifestement voulu prendre appui sur cette décision pour corroborer leur thèse selon laquelle est illicite un tel paiement anticipé. Il n'en demeure pas moins qu'aucun revirement jurisprudentiel allant dans leur sens ne peut être invoqué.

Le plus surprenant est que la Cour de Justice de Genève ait adopté une analyse semblable dans son arrêt de 1996 en affirmant en ces termes :

« En droit allemand, au contraire, en vertu d'un arrêt du Bundesgerichtshof de 1987, la banque confirmatrice, qui effectue de sa propre initiative un versement au bénéficiaire avant le terme prévu, ne s'acquitte pas de l'accréditif par anticipation, mais accorde un simple prêt audit bénéficiaire. Ce dernier conserve donc sa créance dérivant du crédit documentaire. Partant, si la faillite du bénéficiaire intervient avant l'échéance de l'accréditif, sa masse peut prétendre au paiement effectif de l'accréditif, sans exception libératoire au profit de la banque confirmatrice ou de la banque émettrice (Schütze, op.cit., n° 85-86) ».

¹⁰⁸ Caprioli, pp 243-244 ; Tevini du Pasquier, pp 64-65

¹⁰⁹ Arrêt de la Cour de Justice de Genève du 22 novembre 1996, SJ 1998 393, 394 consid. 4 b

¹¹⁰ Wertpapier-Mitteilungen 1981, p445. Traduction française de Vasseur (1987), p 62

Tout aussi surprenante est la référence de la Cour de Justice de Genève à l'auteur Schütze alors même que ce dernier avait affirmé de manière dépourvue de toute ambiguïté que l'arrêt de la Cour suprême allemande concernait une banque notificatrice domicile de paiement.

Or, en présence d'une banque notificatrice domicile de paiement, la situation est fondamentalement différente, étant précisé que le Tribunal fédéral suisse n'a cependant pas rendu de décision sur ce point.

Au niveau de la jurisprudence suisse, on peut néanmoins mentionner un jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois¹¹¹ duquel il ressort que la banque notificatrice qui escompte avant l'échéance un accreditif à paiement différé, se substitue simplement au bénéficiaire en tant que cessionnaire et peut donc se voir opposer par le donneur d'ordre toutes les exceptions notamment la fraude, dont ce dernier disposait à l'encontre du cédant qui est le bénéficiaire.

Sur cette question, la doctrine suisse s'accorde pour dire que la banque notificatrice domicile de paiement qui, sans autorisation expresse de la banque émettrice, avance le montant d'accréditif au bénéficiaire avant l'échéance, n'exécute pas régulièrement au sens de l'article 402 alinéa 1 CO, le mandat qui lui a été confié par la banque émettrice, mais conclut bien plutôt une opération de crédit propre avec le bénéficiaire. Selon la doctrine, la banque notificatrice domicile de paiement n'a, dès lors, pas droit au remboursement par la banque émettrice de la somme versée si une exception de fraude s'oppose, à l'échéance, au droit du bénéficiaire au paiement de l'accréditif¹¹².

Nicolas de Gottrau¹¹³ explique cette différence de situation entre la banque notificatrice domicile de paiement et la banque émettrice ou confirmante par le fait que la première est seulement mandatée et non pas assignée pour réaliser le crédit. Elle ne prend aucun engagement propre envers le bénéficiaire mais agit comme représentante directe de la banque émettrice. Elle n'est donc pas débitrice en vertu de l'accréditif.

Comme le relève très justement Nicolas de Gottrau, la possibilité conférée au débiteur par l'article 81 alinéa 1 CO d'exécuter son obligation avant l'échéance ne peut donc pas s'appliquer à la banque notificatrice domicile de paiement.

Par conséquent, lorsqu'elle procède au paiement anticipé du montant de l'accréditif au bénéficiaire sans autorisation de sa mandante soit la banque émettrice, on ne peut admettre que la banque notificatrice domicile de paiement fait « des frais pour l'exécution régulière du mandat » au sens de l'article 402 alinéa 1 CO. Cette dernière n'étant que simple mandataire, elle doit respecter strictement les conditions prévues dans l'accréditif et notamment le paiement différé de la dette de la banque émettrice à l'échéance prévue.

Dans ces conditions, il est fondamental d'être rigoureux et de ne pas assimiler la banque notificatrice domicile de paiement à la banque émettrice ou confirmante lorsque l'on traite de l'escompte dans le cadre du crédit documentaire à paiement différé.

En ce qui concerne l'arrêt sus énoncé de 1987 du Bundesgerichtshof allemand, le Tribunal fédéral a pris soin de rappeler que la décision concernait seulement une banque notificatrice domicile de paiement.

Il n'en demeure pas moins qu'il a pris en considération cette décision pour justifier la prétendue « tendance nette » de la jurisprudence étrangère pour reconnaître que la banque qui paie avant échéance doit supporter elle-même les risques de fraude survenant entre le paiement anticipé et l'échéance ce qui est critiquable.

¹¹¹ Jugement non publié de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois du 1^{er} juin 1993, C SA et autres c/ M SA et diverses banques, consid VIII b

¹¹² Schönle, Principes, p 337 ; Dohm (1993a) p 13

¹¹³ De Gottrau, Thèse Genève 1999, p 292

En second lieu, en ce qui concerne la jurisprudence italienne, celle-ci admet également que la banque assignée ne viole pas ses obligations contractuelles en versant au bénéficiaire le montant du crédit documentaire à paiement différé avant l'échéance.

Il résulte en effet d'un jugement du 15 mai 1981 rendu par le tribunal de Bologne¹¹⁴ que la banque confirmante est en droit d'escompter le crédit sur présentation des documents, après avoir constaté leur régularité formelle.

Le tribunal de Bologne a en effet infirmé une ordonnance du juge des référés qui avait interdit à la banque émettrice de payer le bénéficiaire ou de rembourser la banque confirmante qui avait escompté, avant l'échéance, la créance du bénéficiaire en paiement du montant de l'accréditif et ce, en raison de l'état gravement avarié de la marchandise arrivée à destination avant la date de paiement.

Sur ce point, le Tribunal fédéral n'a pas tort en considérant comme largement admise la théorie de la licéité du paiement anticipé.

Cependant, s'agissant des conséquences de la fraude survenue entre le paiement anticipé et l'échéance et la question de savoir qui doit en supporter les risques, la Haute Cour s'est mépris en soutenant que la tendance était de faire supporter à la banque ayant procédé audit paiement les conséquences de la fraude.

La juridiction italienne a en effet rendu une décision dépourvue de toute ambiguïté sur ce point en considérant que la banque confirmante avait droit au remboursement du montant de l'accréditif par elle versé. Dans le cadre de sa motivation, le tribunal de Bologne a ainsi insisté sur le caractère abstrait des obligations des banque émettrice et confirmante par rapport à la relation de vente sous-jacente et a pris soin de rappeler que la finalité du crédit documentaire à paiement différé n'était pas de protéger l'acheteur contre tout défaut d'exécution par le vendeur de ses obligations en lui permettant le contrôle de la marchandise à son arrivée à destination avant l'échéance.

Il est vrai que cet arrêt est relativement ancien. Cependant, depuis cette décision, il ne semble pas que les tribunaux italiens se soient prononcés différemment sur la question.

En l'état de ces éléments, il apparaît donc que les juridictions allemandes et italiennes vont dans le même sens d'une part, en admettant le paiement anticipé du montant de l'accréditif dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé et d'autre part, en accordant à la banque confirmante, fort logiquement d'ailleurs, le droit au remboursement de sa créance.

En revanche, tel n'en va pas de même du côté des jurisprudences anglaise et française qui adoptent une position radicalement différente ce qui est propre à démontrer, contrairement à ce que semble penser le Tribunal fédéral, que la jurisprudence étrangère est loin d'être unifiée sur cette question du paiement anticipé et de la fraude dans le cas d'un crédit documentaire à paiement différé.

2- Les jurisprudences anglaise et française

Au titre de son exposé sur l'état de la jurisprudence étrangère, le Tribunal fédéral a rappelé la position anglaise et plus particulièrement l'arrêt de la High Court of Justice de Londres du 9 juin 1999¹¹⁵ qui a certes admis le paiement anticipé du crédit réalisable par paiement différé mais qui a nié le droit au remboursement de la banque qui a procédé audit paiement.

¹¹⁴ Jugement du Tribunal de Bologne du 15 mai 1981, Banca borsa e titoli di credito 1980, p170 et suiv. ; Traduction de Vasseur (1987) p 62-63

¹¹⁵ Arrêt de la High Court of Justice de Londres, Queen's Bench Division, Commercial Court, du 9 juin 1999, Banco Santander SA v. Bayfern Ltd and others, p 16-17 ii et 23 ii, résumé in Revue de droit bancaire et financier 2000/1 p 22

Cet arrêt est particulièrement important pour les banques anglaises dans la mesure où avant cette décision, les tribunaux anglais n'avaient pas eu à se prononcer sur la question de l'effet de la découverte de la fraude avant l'échéance d'un crédit documentaire réalisable par paiement différé, lorsque la banque confirmatrice ou autorisée à réaliser le crédit a payé le bénéficiaire avant la date stipulée dans ce crédit.

En l'espèce, au soutien de sa demande en remboursement par la banque émettrice, la banque confirmante avait fait valoir les termes de l'article 14 a) des RUU selon lesquels :

« Si la banque émettrice autorise une autre banque à payer, à contracter un engagement de paiement différé, à accepter une/des traite(s) ou à négocier contre des documents présentant l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit, la banque émettrice et la banque confirmante, le cas échéant, sont obligatoirement tenues :

- i. de rembourser la banque désignée qui a payé, contracté un engagement de paiement différé, accepté une/des traite(s), ou négocié »

Selon la banque confirmante, dès l'engagement de paiement différé de la banque autorisée et non lors de son exécution, la banque émettrice avait l'obligation de la rembourser. Elle soutenait également que la pratique était tout à fait établie d'escompter sa propre confirmation de crédit, tant et si bien que la banque émettrice, qui ne pouvait pas l'ignorer, l'avait implicitement autorisé et devait en conséquence, la rembourser.

Cependant, la juridiction anglaise, dont la décision a été confirmée par la Court of Appeal du 25 février 2000¹¹⁶, a estimé que la banque confirmante devait être considérée comme n'ayant pas réalisé le crédit mais comme ayant consenti une avance distincte du crédit documentaire, dont elle devait seule assumer les risques à l'égard de la banque émettrice.

Il est intéressant de relever que le juge britannique a solidement motivé son jugement.

En effet, tout d'abord, le juge a rappelé qu'à défaut d'avoir reçu paiement par anticipation, le bénéficiaire ayant commis la fraude n'aurait pas pu obtenir paiement à l'échéance de la part de la banque émettrice ou de la banque confirmante, la fraude paralysant l'obligation de payer le crédit documentaire.

Ensuite, le magistrat a établi minutieusement la différence entre le crédit réalisable par paiement différé et le crédit réalisable par négociation qui inclut, de la part de la banque émettrice, l'autorisation d'escompter et, par voie de conséquence, de rembourser la banque négociatrice qui aurait procédé à cet escompte avant l'échéance. Examinant le cas du crédit réalisable par acceptation, il soutient que l'escompte par la banque confirmatrice la rendrait porteur à l'échéance, avec en principe un droit à remboursement, nonobstant la découverte d'une fraude entre le moment de son escompte et la date d'échéance de la traite.

Le juge a poursuivi en analysant la pratique bien établie du paiement anticipé dans le cadre du crédit réalisable par paiement différé. Tout en admettant que l'escompte par la banque confirmante relevait d'un usage établi à Londres et ne constituait pas une violation du mandat de cette dernière, le juge a souligné que la décision de paiement anticipé était prise par la banque confirmante toute seule, sans qu'elle en ait avisé la banque émettrice et qu'il lui appartenait aussi, sous sa seule appréciation, de décider de se faire céder ou non la créance que le bénéficiaire détenait à son égard à l'échéance.

Enfin, il a conclu son jugement en estimant que la seule autorisation donnée par la banque émettrice à la banque confirmante dans ce contexte était celle de payer à l'échéance convenue. Aussi, sa seule obligation était de la rembourser si elle avait bel et bien payé à l'échéance. Cependant, si à cette date, une fraude était établie, il n'y avait pas d'obligation pour la banque confirmante de payer et pas plus d'obligation pour la banque émettrice de la rembourser.

¹¹⁶ Arrêt non publié de la Court of Appeal (Civil Division) du 25 février 2000, Banco Santander SA v. Paribas, Case n° QBCMF 1999/0673/A3

Par conséquent, en vertu de cette jurisprudence, la banque confirmante doit garder pour elle, et non le transférer à la banque émettrice, le risque de découverte de la fraude avant l'échéance lorsqu'elle a payé par anticipation le crédit documentaire à paiement différé.

Cependant, Nicolas de Gottrau¹¹⁷ a relevé que dans un autre arrêt non publié rendu par la même juridiction et antérieur d'un mois seulement à la présente décision¹¹⁸, il avait été jugé que la banque confirmante qui, dans un crédit documentaire réalisable par négociation, payait avant l'échéance (au sens de l'article 10 b ii RUU), ne pouvait se voir opposer l'exception de fraude si celle-ci était découverte entre le moment de l'escompte et celui de l'échéance du crédit. Selon cet arrêt, la banque avait donc droit au remboursement de ses frais.

Or, comme l'a, à juste titre, précisé l'auteur, « dans le cas qui lui était soumis, on voit mal comment le juge est arrivé à la conclusion qu'il s'agissait de crédits réalisables par négociation, puisque ceux-ci étaient stipulés à paiement différé ». Et d'ajouter : « On sait en effet qu'un accreditif à paiement différé ne peut être simultanément réalisable par négociation (article 10 a RUU) ».

Il est vrai que l'article 10 a RUU dispose que « tout crédit doit clairement indiquer s'il est réalisable par paiement à vue, par paiement différé, par acceptation ou par négociation ».

Dés lors, comme l'a très justement souligné Nicolas de Gottrau, « on peut légitimement se demander si cet arrêt ne concernait pas, en réalité, des crédits à paiement différé ».

Toutefois, cette décision n'ayant pas fait l'objet d'un appel, la Court of Appeal n'a pas eu l'occasion de se prononcer. Par conséquent, cet arrêt a une portée bien moindre que celui en date du 9 juin 1999 rendu par la High Court of Justice de Londres et confirmé par la Court of Appeal et qui semble en conséquence, représentatif de la position anglaise sur cette question de la fraude dans le cadre d'un crédit documentaire à paiement différé ayant fait l'objet d'un paiement avant échéance.

Dans ces conditions, le Tribunal fédéral suisse, par le présent arrêt, semble rejoindre la position anglaise puisque de manière similaire, il considère que d'une part, la banque confirmante est libre de payer par anticipation le montant de l'accréditif à paiement différé sans en aviser la banque émettrice et que d'autre part, la banque confirmante qui procède de la sorte doit assumer les risques d'une fraude révélée postérieurement à l'escompte accordé mais avant l'échéance du crédit documentaire.

Quant à la jurisprudence française, elle avait, au moment de la prise de position de la Cour de cassation, soulevé une véritable polémique en France.

Il convient donc ici de s'attarder sur les décisions prises par les tribunaux français qui ont fait l'objet de tant de discussions.

La Cour d'appel de Paris a en effet jugé, dans deux arrêts rendus en 1985¹¹⁹, que la banque confirmante ayant procédé à un paiement anticipé de la somme d'accréditif au bénéficiaire d'un crédit documentaire à paiement différé, devait se voir opposer l'exception de fraude découverte avant l'échéance du crédit documentaire, et n'avait pas droit au remboursement de ses frais par la banque émettrice.

S'agissant en premier lieu du second arrêt, il importe d'en citer des extraits tant il est manifeste que la Cour d'appel de Paris n'a laissé aucune porte ouverte à la banque confirmatrice qui a procédé au paiement anticipé.

¹¹⁷ Nicolas de Gottrau, Journée 2001 de droit bancaire et financier, Staempfli Ed. SA Berne 2002

¹¹⁸ Arrêt non publié de la High Court of Justice, Czarnikow-Rionda Sugar Trading Inc v. Standard Bank London Ltd & others du 6 mai 1999 et non frappé d'appel

¹¹⁹ Arrêts de la Cour d'appel de Paris des 30 avril et 28 mai 1985, Recueil Dalloz 1986 (partie jurisprudence) p 195 et suiv.

La Cour a ainsi affirmé en ces termes :

« Considérant que le banquier émetteur d'un crédit documentaire irrévocable ne souscrit d'engagement ferme et direct vis-à-vis du bénéficiaire que pour autant que toutes les conditions du crédit soient respectées (article 3 alinéa 1^{er} RUU), telles qu'elles ont été fixées par le donneur d'ordre dans ses instructions ;

Qu'il résulte des pièces produites qu'il s'agit en l'espèce d'un crédit documentaire prévoyant un paiement différé à diverses échéances et non un paiement à vue contre remise des documents ;

Qu'il appartenait donc au Banco X de se conformer aux instructions qu'il avait reçues de son mandant et selon lesquelles il ne pouvait effectuer aucun paiement au bénéficiaire du crédit avant le 26 décembre 1979, date de la première échéance ; [...]

Considérant qu'il apparaît, dans ces conditions, qu'en versant la somme litigieuse, la société appelante a accordé à sa cliente des facilités de trésorerie indépendantes des obligations nées du contrat de crédit documentaire ;

Que, ce faisant, la banque a agi non en exécution dudit contrat, mais à des fins qui lui étaient propres et sous sa seule responsabilité, ainsi que l'ont relevé à bon droit les premiers juges ;

Qu'il est donc sans intérêt pour la solution du litige de rechercher à partir de quelle date le Banco X a pu être convaincu de l'existence d'une suspicion de fraude et s'il a été ou non suffisamment informé des indices de fraude ou du caractère apocryphe de certains documents ».

La décision de la Cour d'appel de Paris, dans ce considérant, se distingue de celle rendue par le Tribunal fédéral le 1^{er} juin 2004.

En effet, d'une part, la Cour a considéré que la banque confirmante n'avait pas le droit d'effectuer un quelconque paiement avant l'échéance alors que le Tribunal fédéral a retenu que les règles du crédit documentaire ne s'opposaient pas à ce que la banque assignée paie de manière anticipée le montant de l'accréditif à paiement différé.

Selon la Cour d'appel de Paris, la date de paiement prévue dans l'accréditif aurait dû être respectée strictement par la banque car faisant partie intégrante du crédit documentaire. La conception de la Cour rejoint ici celle adoptée par les auteurs¹²⁰ opposés au paiement anticipé.

Caprioli considère ainsi que « parce que les termes du crédit documentaire à paiement différé sont clairs et précis, le règlement doit s'exécuter à une date différée dans le temps. A ce titre, tout paiement avant la date convenue, en violation des stipulations contractuelles contenues dans la lettre de crédit, sort du cadre du crédit documentaire ». Le même auteur ajoute : « La rigueur du formalisme documentaire devrait, en toute logique, conduire les parties à respecter les termes du contrat et particulièrement la date d'échéance prévue pour le règlement qui constitue, avant toute chose, la spécificité incontestable de ce type de crédit ».

De même, selon Stoufflet, « le banquier doit respecter la date fixée pour la remise des fonds au bénéficiaire puisque celle-ci fait partie intégrante du crédit documentaire ».

De manière identique, le Professeur Gerald Mac Laughlin¹²¹ qui fait état du peu d'intérêt aux Etats-Unis pour le crédit documentaire à paiement différé, a allégué en ces termes :

« Advance payment of the credit would violate the bank's obligation to comply strictly with the applicant's instructions incorporated in the terms of the credit, thereby jeopardizing the bank's reimbursement claim against the buyer. »

D'autre part, la Cour d'appel de Paris a qualifié de prêt et non d'exécution anticipée de l'accréditif le montant payé par anticipation par la banque confirmante alors que le Tribunal

¹²⁰ Caprioli (1992) p 241-242 ; Stoufflet (1986) p 199

¹²¹ Gerald Mac Laughlin, n° spécial de la Brooklyn Law Review, p 156

fédéral a reconnu que la banque assignée qui payait avant l'échéance s'acquittait bel et bien de la somme d'accréditif et ne consentait pas un prêt, distinct de l'accréditif, au bénéficiaire.

De même, la jurisprudence française et la juridiction suprême suisse n'ont pas du tout la même approche s'agissant de la pratique du paiement anticipé en matière de crédit documentaire à paiement différé.

En effet, dans son arrêt du 1^{er} juin 2004, le Tribunal fédéral a considéré que le paiement avant échéance du montant de l'accréditif à paiement différé correspondait à l'usage bancaire suisse et étranger contrairement à la juridiction française qui a écarté l'existence d'un tel usage en France.

Il suffit pour s'en convaincre de mentionner le considérant concerné de la Cour d'appel de Paris :

« Considérant que, par ailleurs, la preuve n'est pas rapportée de l'usage constant dont fait état le Banco X et qui permettrait à un banquier d'anticiper les paiements différés en restant dans le cadre du crédit documentaire, le banquier négociateur d'un tel crédit n'ayant pu acquérir plus de droits que n'en avait le bénéficiaire du crédit, lequel ne pouvait exiger de paiement avant les échéances contractuelles ».

Ainsi, si la juridiction française et le Tribunal fédéral parviennent à une conclusion identique à savoir la prise en charge par la seule banque confirmante du risque d'une éventuelle fraude découverte entre le paiement anticipé et l'échéance, le raisonnement est loin d'être le même.

Par ailleurs, il convient de noter que cet arrêt de la Cour d'appel de Paris, de la même façon d'ailleurs que celui du 30 avril 1985, a fait l'objet de très vives critiques de la part d'une partie de la doctrine française et plus particulièrement du Professeur Vasseur, spécialiste du crédit documentaire. Cet auteur n'a notamment pas manqué de relever l'absurdité de l'affirmation de la Cour selon laquelle il était « sans intérêt pour la solution du litige de rechercher à partir de quelle date le Banco X a pu être convaincu de l'existence d'une suspicion de fraude et s'il a été ou non suffisamment informé des indices de fraude ou du caractère apocryphe de certains documents ». En effet, si à la date de son paiement anticipé, la banque ignorait en toute bonne foi la fraude commise par le bénéficiaire ou si celle-ci n'est survenue et n'a été découverte que postérieurement au versement (même anticipé) de la somme d'argent, il paraît légitime d'accorder à la banque le droit au remboursement de ses frais. C'est donc à juste titre que le Professeur Vasseur a considéré que le moment où la banque émettrice ou confirmante a payé par anticipation la somme d'accréditif constituait « la ligne de partage »¹²².

Le même auteur a ainsi rappelé qu'une telle solution s'imposait en raison du caractère abstrait de l'engagement bancaire. Il a également pris soin, à juste titre, d'insister sur le fait que le crédit documentaire qui a pour but le paiement de transactions commerciales, ne peut en faire la police¹²³ et qu'en conséquence, le donneur d'ordre doit rechercher une protection contre la fraude par un autre moyen que le crédit documentaire à paiement différé.

En second lieu, en ce qui concerne la décision du 30 avril 1985 rendue par la Cour d'appel de Paris, il importe de relever que celle-ci a été confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹²⁴ d'où le poids de cet arrêt.

¹²² Vasseur (1987) p 63

¹²³ Vasseur qui cite Bernard S. Wheble, auteur de la Préface des RUU 1983

¹²⁴ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation française du 7 avril 1987, Banque 1987, p 625 ; Recueil Dalloz 1987, partie jurisprudence p 399

Il n'empêche que ce dernier, de la même manière que celui rendu par la même Cour le 28 mai 1985, a été vivement critiqué. Et pour cause ! En effet, comme mentionné précédemment¹²⁵, la Cour d'appel est allée jusqu'à soutenir « que le paiement différé était de nature à permettre au donneur d'ordre, en l'absence de contrôle de la marchandise au départ, de vérifier à l'arrivée si la livraison de ces marchandises correspondait aux documents remis par le bénéficiaire à l'appui du crédit documentaire ».

On comprend donc aisément que certains auteurs comme le Professeur Vasseur aient critiqué avec virulence la motivation des juges. Cet auteur n'a ainsi pas hésité à souligner la « légèreté », sinon l' « inconscience » de la Cour d'appel de Paris qui a ignoré les principes fondamentaux du crédit documentaire et plus particulièrement le caractère abstrait de l'engagement pris par la banque émettrice ou confirmante. Il a également pris soin de mentionner que le paiement anticipé était largement usité dans la pratique bancaire internationale, et que le crédit documentaire à paiement différé revêtait non pas seulement une fonction de crédit à l'acheteur, mais également de crédit possible en faveur du vendeur bénéficiaire lorsque la banque confirmante anticipe l'échéance.

Selon le Professeur Vasseur, la possibilité pour le vendeur d'obtenir du crédit serait donc compromise si les banques intervenantes devaient avoir des doutes quant à leur droit au remboursement¹²⁶. Il est en effet bien évident que si l'obtention par le vendeur d'une telle avance se faisait aux risques et périls de la banque assignée, ce dernier ne pourrait plus se refinancer de cette manière ce qui serait fortement dommageable pour le commerce international.

D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même n'a pas été convaincue par le considérant des juges du second degré puisqu'elle a jugé que « le crédit documentaire à paiement différé n'a pas pour but de permettre au donneur d'ordre de vérifier l'état de la marchandise dans le délai de paiement ni, au cas où cette dernière ne correspondrait pas au contrat, ni même aux documents, d'inviter la banque qui ouvre le crédit documentaire à en refuser le paiement ».

Au regard de ces décisions de justice, on constate donc que les juridictions allemandes et italiennes admettent la licéité du paiement anticipé d'un crédit documentaire à paiement différé et ne font pas reposer sur la banque assignée les conséquences d'une fraude découverte entre le paiement et l'échéance de l'accréditif.

Les jurisprudences anglaise et française sont, quant à elles, d'un avis opposé.

De son côté, la Suisse adopte une position intermédiaire puisqu'elle considère le paiement avant échéance comme licite tout en faisant assumer par la banque assignée le risque de fraude commise par le bénéficiaire.

¹²⁵ Cf page 23 de la présente étude

¹²⁶ Vasseur (1987) p 63

Conclusion :

Cet arrêt du 1^{er} juin 2004 rendu par le Tribunal fédéral suisse constitue ainsi un véritable revirement de jurisprudence, à tout le moins en ce qui concerne les conséquences de la fraude.

Les banques suisses qui pratiquent le crédit documentaire et plus particulièrement l'accréditif à paiement différé, devront désormais faire preuve d'une vigilance accrue.

Avant de procéder au paiement par anticipation de la somme d'accréditif, les établissements bancaires chargés d'émettre ou de confirmer de tels crédits feraient bien, eu égard à cette nouvelle jurisprudence, d'obtenir le consentement exprès de leur mandant. A défaut, ils ne seront pas à l'abri de se voir opposer un refus de remboursement par le donneur d'ordre (en cas de crédit tripartite) ou par la banque émettrice (en cas de crédit quadripartite) en cas de fraude découverte avant l'échéance mais après le paiement anticipé.

Après cet arrêt, la banque confirmatrice doit savoir qu'elle ne peut plus vraiment se fier aux documents présentés, même valables en apparence. On peut être tenté d'en déduire qu'elle devrait laisser le temps au donneur d'ordre de vérifier la livraison, car, au cas où ce dernier venait à découvrir une fraude et en particulier à découvrir que la livraison ne corresponde pas aux indications figurant sur les documents, le droit au remboursement de la banque confirmatrice serait fortement compromis. Ce qui revient à dire que le banquier confirmateur doit suspecter systématiquement la fraude possible¹²⁷. Aussi choquant que cela puisse paraître, le banquier semble ainsi impliqué dans l'exécution du contrat de base qui est elle-même appréciée par le donneur d'ordre et dont, apparemment, dépendrait désormais le crédit documentaire à paiement différé.

Certes, le donneur d'ordre et la banque émettrice ne peuvent s'opposer au remboursement de la banque confirmatrice pour n'importe quel motif, mais seulement pour cause de fraude démontrée.

Il reste à espérer que le Tribunal fédéral n'adopte pas une notion trop laxiste de la fraude, à peine d'entraver le déroulement et l'efficacité de l'opération de crédit documentaire et de voir, à terme, les parties abandonner la pratique du crédit documentaire à paiement différé.

Plus simple encore serait donc que l'occasion soit donnée au Tribunal fédéral de revenir sur sa jurisprudence !

¹²⁷ Vasseur, note sous arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1987, Recueil Dalloz 1987, p 399

BIBLIOGRAPHIE

- AVANCINI/ IRO/ KOZIOL**, Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II, Vienne 1993
- BALOSSINI**, Norme ed usi uniformi relativi ai crediti documentari, Milan 1988
- BONTOUX Charles**, Réflexions sur un type de crédit documentaire : le crédit à paiement différé, Banque (Paris), n° 433, novembre 1983
- CAPRIOLI**, Le crédit documentaire : évolution et perspectives, Thèse Paris 1992
- COSTA Ligia Maura**, Le crédit documentaire : étude comparative, préface de Henry Lesguillons, Paris LGDJ 1998, XXV
- DAVIS Michaël**, The documentary credits handbook, Cambridge, Woodhead- Faulkner, 1988, v. p 45-46
- DE GOTTRAU Nicolas**, Crédit documentaire et garantie bancaire : fraude dans l'accréditif à paiement différé et choix des parties citées dans les mesures provisionnelles, Journée 2001 de droit bancaire et financier, Ed. Staempfli 2002
- DE GOTTRAU Nicolas**, Le crédit documentaire et la fraude, Thèse Genève 1999
- DE GOTTRAU Nicolas**, Actualité n° 234 du 19 juillet 2004, Actualité n° 308, www.unige.ch/cdbf
- DOHM Jürgen**, Fiche Crédit documentaire I n° 314
- DU PASQUIER Tevini**, Le crédit documentaire en droit suisse, Droits et obligations de la banque mandataire et assignée, Thèse Genève 1990
- ENGEL Pierre**, Contrats de droit suisse, Berne (Stämpfli) 1997
- GANI Lucien**, La saisissabilité des droits patrimoniaux en matière d'accréditif documentaire, thèse Lausanne 1987
- GUGGENHEIM Daniel**, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 2^e éd, Genève 1985
- HOFSTETTER Josef**, Traité de droit privé suisse, vol. VII, t.II, 1 : Le mandat et la gestion d'affaires, Fribourg (Ed. universitaires) 1994
- KOZOLCHYK**, The U.C.P. Revision, Trade Practices and Court Decisions : a Plea for a closer Relationship, Canadian business Law Journal, vol. 9 (1984)
- LOMBARDINI Carlo**, Droit et pratique du crédit documentaire, Ed. Helbing et Lichtenhahn 2000

LUCAS DE LEYSSAC Claude, « Conditions d'application de la maxime « fraus omnia corrumpit en matière de crédit documentaire », Les petites affiches (Paris), 13 septembre 1991, n° 110

MAC LAUGHLIN Gerald, numéro spécial de la Brooklyn Law Review, p 156

MARTIN Claude, Les pièges du crédit documentaire à paiement différé, Revue de la Banque (Bruxelles) 1986 p 41 ss

POTHIER, Traité du contrat de change, 1825

PUECH Jean, Les conflits entre le crédit documentaire et le droit français, Revue Dalloz 1986 p 21

RIVES-LANGES Jean-Louis, obs. sous arrêt de la Cour d'appel de Paris de 28 mai 1985, Recueil Dalloz 1986, Jurisprudence p 197

SCHÖNLE, Principes régissant le crédit documentaire selon la jurisprudence suisse récente, Banca borsa e titoli di credito, 1987 I, p337 ss

SCHÖNLE, « Die Rechtsnatur der einheitlichen Richtlinien und Gebräuche der Internationalen Handelskammer für Dokumentenakkreditive », Neue Juristische Wochenschrift (Münich, Francfort-sur-le-Main) 1968, n°16

SCHÖNLE, « Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien », RSJ 79 (1983)

STAPEL, Die Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumentenakkreditive der Internationalen Handelskammer in der Fassung von 1993, Berlin 1998

STAUDER Bernd, « Le crédit subsidiaire, instrument du financement de la vente internationale » in : Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, n° 27, Genève 1969

STOUFFLET, note sous arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 1987, Semaine Juridique 1987, note 14973

STOUFFLET, Payment and transfer in documentary letters of credit, Arizona Law Review, vol.24 n°2

ULRICH, Rechtsprobleme des Dokumentenakkreditivs, Zürich 1989

VASSEUR Michel, Réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé, note sous Cass. Com 7 avril 1987, Revue Dalloz 1987 partie jurisprudence, p 400

WHEBLE Bernard S, Préface des RUU, Publication n°400, CCI (1984)

ZAHN/EBERDING/EHRLICH, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, Berlin/New York 1986

