

Exécution anticipée du crédit documentaire à paiement différé

Arrêt de la I^{ère} Cour civile du Tribunal fédéral 4C.66/2004 (ATF 130 III 462) du 1^{er} juin 2004 dans la cause banque A. contre banque B. (recours en réforme)

Commentaires de lic. iur. Loïc Pfister et Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, les deux Zurich¹

Sommaire

I. Etat de faits

II. Considérants du Tribunal fédéral

III. Commentaires

- A. Crédit documentaire à paiement différé
- B. Rôle de la fraude
- C. Droit au remboursement
- D. Exécutabilité de l'accréditif

IV. Conclusion

I. Etat de faits

C. est une société genevoise active notamment dans le commerce de matières premières et en relation d'affaires avec la banque B, sise à Genève (demanderesse). Lors d'achats de marchandises, C. se faisait payer au moyen de lettres de crédit à paiement différé que B. confirmait en général et lui escomptait avant l'échéance.

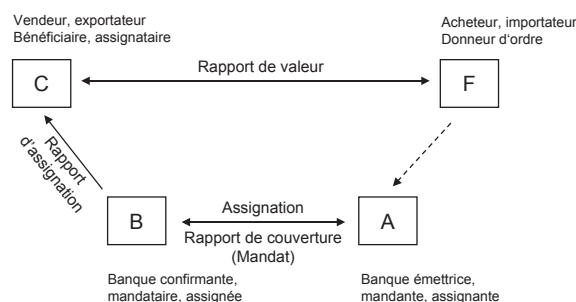
Le 22 février 1999, la banque A. (défenderesse), sise à Dubaï, a émis une lettre de crédit irrévocable, sur requête de la société F., sise aux Emirats Arabes Unis, en faveur de C. Il s'agissait d'un accréditif irrévocable devant être confirmé par B. sur requête de A. et payable auprès de B. à Genève, à 180 jours dès la date de présentation des documents à la banque confirmante, soit le 30 août 1999. Le 24 février 1999, B. a notifié à C. la lettre de crédit en y ajoutant sa confirmation. Après avoir reçu et vérifié les documents, B. les a transmis à A. le 2 mars 1999, lui signalant qu'elle demanderait le paiement à l'échéance. Le 3 mars 1999, B. a opéré un paiement anticipé sous forme d'escompte à C.

Durant le mois de mai, A., B. et C. ont été informés de fraudes perpétrées par F. Une enquête de la Chambre de Commerce Internationale a aussi révélé que, dans les opérations commerciales financées par le biais de C., soit aucune marchandise n'était transportée, soit celle-ci avait une valeur très inférieure à celle indiquée dans les documents. L'argent non affecté à l'achat des marchandises était détourné par F. Le préjudice global a été évalué à US\$ 300 millions. Il a été retenu que C. était aussi impliqué.

La fraude étant avérée, A. et B. ont cherché en vain à trouver un compromis. En août 1999, A. a requis des mesures provisionnelles urgentes en vue d'interdire à B. de lui réclamer à l'échéance le montant de l'accréditif. Celles-ci ont été rejetées.

A l'échéance du 30 août 1999, A. n'a pas payé à B. le montant de l'accréditif et n'a pas obtenu, pour sa part, le paiement des traites remises par F. auparavant. Le 5 novembre 1999, B. a déposé à Genève une demande en paiement à l'encontre de A., qui a été admise par le Tribunal de première instance. Cette sentence a été confirmée par la Cour de justice genevoise, dans un arrêt du 12 décembre 2003.

Contre cet arrêt, A. interjette un recours en réforme au Tribunal fédéral.



II. Considérants du Tribunal fédéral

Dans son recours en réforme, la défenderesse soutient que la banque confirmante «ne s'est pas conformée au mandat la liant à la banque émettrice et qu'elle a créé une situation préjudiciable aux intérêts de sa mandante».²

Après avoir retenu que le droit suisse est applicable³ et que les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de Commerce Internationale ne règlent pas le problème d'espèce,⁴ le Tribunal fédéral admet qu'il y a eu fraude du bénéficiaire en l'espèce.⁵ «La banque assignée aurait donc 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».⁶

¹ Loïc Pfister est assistant à la Faculté de droit de l'Université de Zurich, Hans Caspar von der Crone professeur ordinaire de droit privé et de droit commercial à l'Université de Zurich. Le présent article est disponible sur internet à l'adresse <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

² ATF 130 III 462, 466 s. c. 3.

³ ATF 130 III 462, 467 c. 4.

⁴ ATF 130 III 462, 472 c. 7.1.2.

⁵ ATF 130 III 462, 469 c. 6.

⁶ ATF 130 III 462, 471 c. 6.2.

Examinant les conséquences de cette fraude «quant à l'obligation de la banque émettrice de rembourser à l'échéance la banque confirmante», le Tribunal fédéral considère que cette dernière ne viole pas son mandat «lorsqu'elle s'acquitte du crédit documentaire avant l'échéance».⁷

Le Tribunal fédéral aborde ensuite la question de savoir «si le donneur d'ordre ou la banque émettrice peut tout de même se prévaloir d'une fraude révélée postérieurement au paiement par anticipation pour refuser de rembourser la banque assignée à l'échéance».⁸ La question étant controversée, il expose différents courants de doctrine et compare certaines décisions prises par des prétoires étrangers. Il conclut que la banque assignée qui paie avant l'échéance «doit en supporter elle-même les risques» et qu'il ne saurait lui être permis «de modifier unilatéralement et à son avantage les termes de l'accréditif à paiement différé».⁹

III. Commentaires

L'arrêt discuté revêt une importance particulière en matière de pratique documentaire, parce qu'il marque un changement important de jurisprudence. La question soulevée est la suivante: la banque confirmante a-t-elle le droit de se faire rembourser ses frais par la banque émettrice lorsqu'elle a opéré un paiement anticipé (comparer l'art. 402 CO)? En d'autres termes, qui supporte finalement les risques financiers d'une fraude du bénéficiaire?

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a eu l'occasion de se prononcer qu'une seule fois sur cette question. Dans cette première décision publiée aux ATF 110 II 145, il avait considéré que la banque confirmante pouvait escompter le montant de l'accréditif et avait un droit en remboursement contre la banque émettrice. Bien qu'il reprenne dans un premier temps certaines considérations de ce premier arrêt, il s'en écarte néanmoins dans ses conclusions.

Le Tribunal fédéral considère que la banque confirmante a exécuté de manière régulière ses obligations découlant du contrat de mandat la liant à la banque émettrice.¹⁰ S'il s'en tenait aux données du

problème correspondant à son postulat de départ,¹¹ elle aurait alors droit de se faire rembourser ses frais par le mandant (art. 398 al. 2 et 402 al. 1 CO). Il déclare pourtant plus loin qu'«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».¹² Pour toute motivation juridique, il affirme que «la banque qui a payé par avance ne saurait modifier à son avantage et unilatéralement les termes de l'accréditif à paiement différé»¹³ et ainsi priver le mandant de l'objection de fraude du bénéficiaire jusqu'à l'échéance.

Cette dernière considération du Tribunal fédéral est équivoque à plusieurs niveaux. Il n'est pas évident de voir quelle doctrine inspire ce point de vue¹⁴, ni quelle est sa base légale.¹⁵ Une modification unilatérale du contrat requiert une base légale spéciale qui n'est pas donnée en l'espèce (art. 1 CO, «actus contrarius»). Admettre une modification du contrat correspondrait à admettre son respect. Classant l'échéance convenue dans les termes de l'accréditif, le Tribunal fédéral accepte pourtant qu'il n'est pas respecté. Il ne s'agira alors pas d'une modification du contrat mais d'une violation (par principe unilatérale) ou d'une inexécution de celui-ci.¹⁶

A. Crédit documentaire à paiement différé

1. Notion

L'accréditif fait l'objet d'une réglementation par la Chambre de Commerce Internationale (ci-après CCI). Il s'agit des «Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires» (ci-après RUU).¹⁷

¹¹ ATF 130 III 462, 471 c. 7.1.

¹² ATF 130 III 462, 475 s. c. 7.3.

¹³ ATF 130 III 462, 476 c. 7.4.

¹⁴ De Gottrau, Le crédit documentaire et la fraude, thèse Genève 1999, p. 280 n. 675, parle de doctrine suisse quasi unanime partageant l'ancienne position du Tribunal fédéral.

¹⁵ Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus Ohio 1974, p. 42: «now, if you accept the result of a case, what difference does it make how you explain the result? (...) I think that it makes a good deal of difference».

¹⁶ Comparer de Gottrau, Conséquences de la fraude dans le crédit documentaire à paiement différé: nouvel arrêt du Tribunal fédéral, actualité n° 234 du 19 juillet 2004, http://www.unige.ch/droit/cdbf/detail_actualites.php3?id_article=234 (dernière visite le 4 janvier 2005).

¹⁷ Nous nous référons dans cet article à leur mouture de 1993 (publication n. 500 de la CCI); le Tribunal fédéral (ATF

⁷ ATF 130 III 462, 471 c. 7.1.

⁸ ATF 130 III 462, 473 c. 7.2.

⁹ ATF 130 III 462, 475 s. c. 7.3.

¹⁰ ATF 130 III 462, 473 c. 7.1.2.

Au sens de l'art. 2 RUU, l'accréditif est «*tout arrangement (...), en vertu duquel une banque («la banque émettrice»), agissant à la demande et sur instruction d'un client («le donneur d'ordre») (...) est tenue d'effectuer un paiement à un tiers («bénéficiaire») (...), ou autorise une autre banque à effectuer ledit paiement (...) contre remise des documents stipulés, pour autant que les termes et conditions du crédit soient respectés*». Il est ainsi un moyen d'exécuter une obligation contractuelle.¹⁸

Lorsque l'accréditif est irrévocable, la banque prend un engagement ferme de l'exécuter en faveur du bénéficiaire à condition que les documents soient acceptés par celle-ci et que les conditions du crédit soient respectées (art. 6, 9 a RUU). La fraude du bénéficiaire est réservée. Si un paiement différé est stipulé, la banque prend l'engagement ferme d'effectuer le paiement à l'échéance (art. 9 b RUU).

L'accréditif remplit trois fonctions.¹⁹ Il est en premier lieu une *garantie de paiement*.²⁰ L'acheteur veut être assuré de recevoir les biens qu'il a payés tandis que le vendeur ne veut s'en défaire que s'il est assuré d'en recevoir paiement.²¹ L'acheteur – par l'intermédiaire d'un ou plusieurs tiers indépendants et solvables – n'est tenu de payer que contre remise et acceptation de documents qui attestent de l'expédition des biens.²² L'accréditif n'a, par contre, pas pour but de couvrir les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution du rapport de valeur.²³ L'acceptation de documents conformes est la seule condition suspensive potestative (art. 151 al. 1 CO) dont dépend le paiement. Le principe «*paiement contre documents*» n'est pas remis en question dans le crédit documentaire à

paiement différé, le terme dont l'arrivée est certaine n'étant par définition pas une condition.²⁴ Il est en quelque sorte modifié en «*paiement plus tard contre documents maintenant*».²⁵ C'est une simple modalité de paiement de l'accréditif qui a une fonction purement pratique ne modifiant pas sa nature.²⁶ Plus qu'une garantie, l'accréditif est un *moyen de paiement*, ce qui le différencie des simples garanties bancaires.²⁷ L'acheteur s'engage à mandater une banque afin que celle-ci émette un crédit documentaire et s'engage à son tour à payer le prix de vente au vendeur contre remise de documents conformes.²⁸ Enfin, l'accréditif sert dans une certaine mesure d'*instrument de crédit*.²⁹ Cette particularité est accentuée dans le cadre d'un accréditif à paiement différé.³⁰ L'acheteur est libéré de l'obligation de payer trait pour trait, ce qui lui permet d'obtenir du crédit afin de financer l'achat de la marchandise par la revente de celle-ci.³¹

2. Qualification juridique

Les RUU sont muettes sur le problème du remboursement de la banque confirmante par la banque émettrice lorsqu'il y a paiement anticipé.³² Le droit suisse s'applique. L'accréditif se caractérise comme un contrat innomé régi par les règles sur l'assignation (art. 466 ss CO), complétées par celles du mandat (art. 394 ss CO).³³ L'assignation n'étant *per se* qu'un

121 III 436, 438 c. 4.b/bb) considère que les RUU ont le caractère de «*lex contractus*», au sens des art. 1 et 19 al. 1 CO; comparer *Tevini du Pasquier*, Le crédit documentaire en droit suisse, thèse Genève 1990, p. 42; commentaire zurichois V. 1a – *Jäggi/Schönenberger*, art. 1 CO, N 437.

¹⁸ *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, 2^e éd., Berne 2000, § 31 N 5; commentaire bâlois CO I – *Koller*, Anhang zum 18. Titel, N 2b: l'accréditif est surtout utilisé dans des contrats de vente à caractère international.

¹⁹ *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 31 NN 14 ss; comparer *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3^e éd., Köln 2004, NN 7.123 ss.

²⁰ ATF 114 II 45, 48 s. c. 4b.

²¹ *Engel*, Contrats de droit suisse, 2^e éd., Berne 2000, p. 748.

²² *De Gottrau*, thèse, p. 7; *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 19.

²³ *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 130; *de Gottrau*, thèse, p. 281: il est toujours possible de stipuler des garanties plus importantes dans les conditions de l'accréditif, par exemple exiger un certificat de qualité.

²⁴ *Engel*, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997, p. 847.

²⁵ *Schönle*, Rechtsproblem des Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, in: Droit des obligations et droit bancaire, Genève 1995, p. 243; *de Gottrau*, thèse, p. 51.

²⁶ *Stauder*, Das Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, in: Liber amicorum – Adolf F. Schnitzer, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, n. 61, Genève 1979, p. 442; *de Gottrau*, thèse, p. 51.

²⁷ *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 18 n. 67.

²⁸ *De Gottrau*, thèse, p. 6.

²⁹ *Eberth/Ellinger*, Defferred Payment Credits: A Comparative Analysis of Their Special Problems, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol. 14, n.° 3, 07/1983, p. 390.

³⁰ Commentaire bâlois CO I – *Koller*, Anhang zum 18. Titel, N 3.

³¹ ATF 110 II 145, c. 4b; ATF 122 III 73, 76 c. 6a; *Stauder*, Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, pp. 435 s. et 446; *Schinnerer/Avancini*, Bankverträge, III. Teil, 3^e éd., Vienne 1976, p. 100.

³² *Eberth/Ellinger*, Defferred Payment Credits, p. 416; *de Gottrau*, thèse, pp. 34 et 274; ATF 100 II 145; ATF 130 III 463; contra: une partie de la doctrine et la défenderesse déduit de l'art. 9a/ii RUU qu'un paiement anticipé n'est pas compatible avec l'accréditif à paiement différé (*Lombardini*, Droit et pratique du crédit documentaire, 2^e éd., Bâle 2000, N 85).

³³ ATF 78 II 42, 48 c. 3, ATF 114 II 45, 48 c. 4a; *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 31 N 52; *Engel*,

mécanisme de double autorisation³⁴ représentant une tentative d'exécution du paiement³⁵, les règles du mandat interviennent pour garantir le paiement du montant de l'accréditif et ainsi renforcer les règles de l'assignation. Le tiers assigné n'a pas seulement une simple autorisation de payer mais aussi l'obligation découlant du mandat de notifier l'acceptation de l'assignation (art. 468 al. 1 in initio CO) et de payer.³⁶ La notification fait naître une obligation propre de l'assigné envers l'assignataire.³⁷ Dans notre cas, la banque émettrice fait intervenir comme sous-mandataire ou substitut (art. 398 al. 3 et 399 CO)³⁸ une deuxième banque (banque confirmante).³⁹ Contrairement à une banque domicile de paiement («Zahlstelle») uniquement chargée de l'exécution, celle-ci est assignée.⁴⁰ Les banques émettrice et confirmante sont en raison de la double assignation débitrices solidaires du montant de l'accréditif (art. 143 ss CO).⁴¹

En vertu du principe de la relativité des conventions, «*res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet*».⁴² D'une part, cela signifie qu'en exécutant son obligation envers le bénéficiaire, la banque confir-

mante n'exécute pas encore nécessairement son obligation envers le mandant (art. 394 al. 1 CO). Ces deux obligations sont distinctes. Celle envers le mandant est contractuelle et l'autre, envers le bénéficiaire, est de nature quasi contractuelle.⁴³ Le contrat de mandat détermine la relation interne entre mandataire et mandant, mais non la relation externe entre banque mandataire et bénéficiaire, destinataire du contrat.⁴⁴

D'autre part, la relativité des conventions implique que l'engagement bancaire envers l'assignataire est indépendant du rapport de base.⁴⁵ Il est abstrait, au sens de l'art. 468 al. 1 CO, de toute autre relation entre parties.⁴⁶ C'est ce que la doctrine appelle «*principe d'abstraction*».⁴⁷ L'engagement de la banque assignée envers le bénéficiaire est un acte générateur d'obligation unilatéral, dont la cause se trouve dans la notification de l'acceptation au bénéficiaire (art. 468 al. 1 CO).⁴⁸ Selon cette même norme, la banque assignée ne peut que se prévaloir des objections et exceptions découlant de son rapport au bénéficiaire. En particulier, elle ne peut se prévaloir de celles découlant du rapport de valeur (relation donneur d'ordre – bénéficiaire) et de couverture (banque émettrice – banque confirmante).⁴⁹ Dans un cas de fraude tombant sous le coup de l'art. 2 al. 2 CC, l'abstraction n'est toutefois pas remise en cause, étant donné que la fraude du bénéficiaire trouve sa source dans le rapport entre bénéficiaire et assigné.⁵⁰

B. Rôle de la fraude

Les RUU ne définissent pas la notion de fraude. La fraude conduit souvent à un abus de droit. Celui-ci est manifeste (art. 2 al. 2 CC) lorsqu'il y a une vaste

contrats, pp. 751 s.; *Lombardini*, crédit documentaire, N 138; *Guggenheim*, contrats, p. 386; pour un exposé complet, voir *Tevini du Pasquier*, thèse, pp. 68 ss.

³⁴ *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 69; *Engel*, contrats, p. 576.

³⁵ *Engel*, traité, p. 576; *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 75.

³⁶ *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 183; *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 31 N 61; commentaire bâlois CO I – *Koller*, Anhang zum 18. Titel, N 8; commentaire romand CO I – *Tevini du Pasquier*, art. 468 CO N 5; *de Gottrau*, thèse, pp. 42 s.

³⁷ *Bodmer*, Die Verarrestierung von Bank-Akkreditiven, thèse Zürich 1991, p. 16.

³⁸ *Bühler*, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Zürich 1997, p. 92; *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 148; voir aussi *Werro*, Le mandat et ses effets, Habilitation Fribourg 1993, NN 545 ss; *Tercier*, Les contrats spéciaux, 3^e éd., Zurich 2003, N 4645; *Engel*, contrats, p. 485.

³⁹ *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 31 N 43; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, NN 7.186 ss; dans le cadre de l'accréditif, c'est dans l'avantage des parties de faire appel à une banque dans le pays d'exportation, les parties profitant de son expérience et de ses moyens de communication.

⁴⁰ *Schönle*, Rechtsproblem des Dokumentenakkreditivs, p. 251; *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 90; *Lombardini*, crédit documentaire, N 294.

⁴¹ Art. 9b RUU; *Engel*, contrats, p. 756; *Lombardini*, crédit documentaire, N 250; *Bodmer*, thèse, p. 17; *de Gottrau*, thèse, p. 62.

⁴² Commentaire romand CO I – *Tevini du Pasquier*, art. 468 CO N 5; comparer l'art. 1165 CCF: «*les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers (...)*».

⁴³ *Von der Crone*, Rechtliche Aspekte der direkten Zahlung mit elektronischer Überweisung (EFTPOS), thèse Zürich 1988, p. 48.

⁴⁴ *Werro*, mandat, N 39; *Schönle*, Rechtsproblem des Dokumentenakkreditivs, p. 250.

⁴⁵ Commentaire bâlois CO I – *Koller*, Anhang zum 18. Titel, N 16; *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 77.

⁴⁶ *Tevini du Pasquier*, thèse, pp. 88 s.; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, NN 7.122 ss.

⁴⁷ Commentaire zurichois, V. – *Spirig*, Vorbemerkungen zu Art. 164–174, NN 37 ss; *Merz*, Vertrag und Vertragsschluss, 2^e éd., Fribourg 1992, NN 60 ss; *Rochat*, Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilière, thèse Lausanne 2002, N 337.

⁴⁸ ATF 92 II 335, 340 c. 6; *Tevini du Pasquier*, thèse, pp. 88 et 95.

⁴⁹ ATF 121 III 109, 112 c. 3; *de Gottrau*, thèse, p. 101; *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 90.

⁵⁰ Dans le même sens: *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 229 n. 6.

machination frauduleuse.⁵¹ Dans la majorité des cas, le bénéficiaire est l'auteur de l'acte frauduleux. D'autres cas sont envisageables mais rares.⁵² Si la fraude n'est pas l'œuvre du bénéficiaire, toute la problématique disparaît, car il n'y a pas abus de droit. Cette question relève des faits. Le Tribunal fédéral considère en l'espèce que le bénéficiaire est aussi impliqué, même si le donneur d'ordre a joué un rôle prépondérant.⁵³

L'art. 2 al. 2 CC est la limite de toute relation de droit privé (art. 5 al. 3 Cst., art. 7 CC).⁵⁴ «*Fraus omnia corrumpit*», la corruption affecte la totalité de l'acte juridique en question dans les moyens comme dans le résultat.⁵⁵ La créance est inefficace et son titulaire ne pourra en obtenir l'exécution, l'exercice de tout droit étant soumis à l'impératif de la bonne foi.⁵⁶ En cas de mandat de paiement, le mandataire doit, s'il ne veut pas violer son obligation de fidélité et de diligence (art. 398 al. 2 CO), soulever toutes les exceptions et objections découlant de son rapport personnel au bénéficiaire⁵⁷ et refuser de s'exécuter lorsqu'il a connais-

sance d'un abus de droit manifeste.⁵⁸ Dans notre cas, la fraude n'est en soi pas le problème mais, comme nous le verrons plus tard, l'élément déclencheur.

C. Droit au remboursement

Le droit au remboursement de la banque confirmante envers la banque émettrice se base sur «*l'exécution régulière*» des obligations prises par la première envers la seconde en vertu du mandat (art. 402 CO). La question se pose de savoir si l'obligation de la banque mandataire envers la banque mandante de réaliser le paiement a été exécutée.

a. Art. 81 CO

Lorsqu'une obligation a été convenue à terme, elle n'est pas exigible tant que celui-ci n'a pas été atteint. L'art. 81 al. 1 CO prévoit néanmoins que le débiteur peut s'exécuter avant terme si le contraire «*ne ressort ni des clauses ou de la nature du contrat, ni des circonstances*». Le but de la norme est d'offrir au débiteur la possibilité de se libérer dès la naissance de l'obligation.⁵⁹ Il faut relever que cette «*présomption [légale] n'est que relative*».⁶⁰ Il suffit qu'il en ressorte autrement de la «*volonté hypothétique*» des parties (nature du contrat) ou des circonstances pour que l'exécution anticipée soit exclue.⁶¹ Lorsque le terme a été également donné dans l'intérêt du mandant, l'exécution anticipée de l'obligation envers celui-ci ne s'accorde pas avec la nature du contrat.⁶²

b. Art. 398 CO

Dans le mandat, les intérêts du mandant dictent le comportement du mandataire. Ce dernier doit y veiller diligemment et fidèlement (art. 398 al. 2 CO).⁶³ En opérant un escompte, le mandataire le fait à sa propre initiative tout en ne considérant pas les intérêts de sa mandante. Le mandant pourrait objecter jusqu'au terme la fraude du bénéficiaire pour s'oppo-

⁵¹ De Gottrau, thèse, p. 192; comparer Stauder, Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, pp. 448 s.

⁵² Pour les différents auteurs de fraude, voir de Gottrau, thèse, pp. 113 ss.

⁵³ Il s'agit en l'occurrence d'une vaste opération frauduleuse initiée par la société importatrice; ATF 130 III 462, 471 c. 6; Lombardini/Ringgenberg, Modification de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de crédit documentaire à paiement différé, Relevant 2004, n. 7-1.

⁵⁴ Commentaire bâlois CC I – Honsell, art. 2 CC, N 35; Widmer, Bonne foi et abus de droit, principe? – portée? – panacée?, in: Abus de droit et bonne foi, Fribourg 1994, p. 345: «*la bonne foi et l'abus de droit sont parfois ressentis comme l'écharde, l'aiguillon dans la chair du droit considéré comme une science*»; ou encore Engel, l'apparence efficace en droit privé, SJ 1989, p. 90: «*[le juriste] fait plus pour la vérité en montrant les limites de sa discipline qu'en affirmant l'absolu prétendument scientifique sans démonstration*».

⁵⁵ Engel, L'évolution récente de la partie générale du droit des obligations, in: L'évolution récente du droit des obligations, Cedidac 2004, p. 13; comparer Roland/Boyer, Adages du droit français, 3^e éd., Paris 1992, pp. 288 s: cet adage a «*le rare privilège, vigile suprême, de garantir la loyauté des rapports juridiques*».

⁵⁶ Comparer commentaire bernois I/1 – Merz, art. 2 CC N 28, pour qui le fait de ne pas pouvoir faire valoir une créance correspond en réalité à l'inexistante de celle-ci; comparer également commentaire bernois I/1 – Kramer, art. 19-20 CO NN 231 ss, qui considère la «*missbräuchliche Verwendung des Rechtsinstituts Vertrag als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung (Art. 19 Abs. 2 OR)*» et affirme qu'il «*erübrigt sich freilich ein in dieselbe Richtung gehendes Argumentieren mit dem im angedeuteten Sinn fortentwickelten Art. 2 Abs. 2 ZGB*».

⁵⁷ Tevini du Pasquier, thèse, p. 229.

⁵⁸ De Gottrau, thèse, pp. 192 s.; Tevini du Pasquier, thèse, p. 51.

⁵⁹ Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des Schweiz. OR, Band II, 3^e éd., Zurich 1974, § 62, III.

⁶⁰ Engel, traité, p. 628.

⁶¹ Commentaire zurichois V. 1e – Schraner, art. 81 CO N 7; également Kramer, Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, Bern 1992, p. 30.

⁶² Commentaire zurichois V. 1e – Schraner, art. 81 CO N 11.

⁶³ Commentaire romand CO I – Werro, art. 402 CO N 7; Tevini du Pasquier, thèse, pp. 138 ss; sur ces deux notions, comparer Werro, habilitation, NN 505 et 561.

ser au remboursement. Le mandataire ne peut alors s'exécuter avant terme parce qu'il prive par cet acte le mandant de son objection contre le bénéficiaire.⁶⁴ Si le terme est déterminé afin de procurer du crédit au donneur d'ordre, il est aussi dans l'intérêt de la banque mandante d'être protégée de manière adéquate contre un risque de fraude du bénéficiaire. Cet intérêt est légitime et parfaitement conforme au régime de l'accréditif à paiement différé.⁶⁵

c. Art. 146 CO

L'accréditif implique une obligation solidaire des banques émettrice et confirmante découlant de l'assignation.⁶⁶ Selon l'art. 146 CO, «*l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres*». Cette norme vise d'un côté la situation par rapport au créancier⁶⁷, de l'autre, elle signifie qu'un débiteur ne peut aggraver la situation des co-débiteurs relativement à leurs éventuelles actions récursoires.⁶⁸ Une exécution anticipée aggra-

verait la situation de la banque émettrice, étant donné que celle-ci ne pourrait plus objecter la fraude du bénéficiaire et éviter l'action récursoire de la banque confirmante.

d. Art. 402 CO

L'exécution avant terme ne s'accorde pas avec les intérêts de la banque émettrice sous l'angle du mandat (art. 398 CO) et aggrave sa situation sous l'angle de la solidarité passive (art. 146 CO). L'obligation envers le mandant n'étant ainsi pas exécutable (art. 81 al. 1 CO), il ne s'agit pas d'une exécution non conforme mais d'une inexécution que le mandant peut faire valoir pour refuser le remboursement (art. 402 CO).⁶⁹

Un courant de la doctrine, à laquelle notre Haute Cour semble se référer, arrive à une solution similaire.⁷⁰ Les tenants allemands de cette doctrine notent que le paiement anticipé serait contraire au principe de «*formaler Auftragsstrenge*», c'est-à-dire aux clauses du contrat elles-mêmes.⁷¹

D. Exécutabilité de l'accréditif

En raison de la solidarité entre les deux banques et l'aggravation de la situation de la banque émettrice, la banque confirmante n'a pas d'action récursoire contre la banque émettrice (art. 146 CO).⁷² Si la banque confirmante paie avant terme, elle agit à ses propres risques.⁷³ Se greffant sur la relation d'affaire entre la banque confirmante et le bénéficiaire, le paiement, en tant qu'«exécution potentielle», fait naître entre eux une relation contractuelle indépendante.⁷⁴ Le crédit accordé (art. 312 ss CO) est rému-

⁶⁴ *Canaris*, Bankvertragsrecht, Erster Teil, 3^e éd., Berlin 1988, N 955, adopte une solution similaire: «§ 271 II BGB [correspond à l'art. 81 CO](...) passt nur auf den Fall, dass der Schuldner an den Gläubiger leistet, nicht aber auch auf den Fall, dass der Schuldner für Rechnung des Gläubigers an einen Dritten leistet und folglich u.U. die Interessen des Gläubigers gefährdet».

⁶⁵ Contra: *Schönle*, Rechtsproblem des Dokumentenakkreditivs, p. 255; *Guggenheim*, p. 403 n. 77; *Vasseur*, notes, Recueil Dalloz/Sirey (partie jurisprudence), Paris 1987, p. 401 ch. 6, pour lesquels le paiement différé a pour seul but de donner du crédit à l'acheteur, celui-ci n'ayant aucun droit d'obtenir par la mise à échéance de l'exigibilité la possibilité d'examiner la marchandise. Cet argument est toutefois directement lié au donneur d'ordre et ne saurait être pris en considération pour analyser la relation entre les banques (*Stoufflet*, notes in: La semaine juridique 28 (1987), Nr. 20829, I). De plus, la réalisation du crédit ne dépend jamais de l'examen de la marchandise, quel que soit le mode de réalisation (*Tevini du Pasquier*, thèse, p. 63). Une instruction de ne pas payer en raison d'un vice éventuel de la marchandise demeurerait sans effet. Il faut remarquer toutefois que la distinction entre vice de la marchandise non constitutif de fraude et vice de la marchandise révélant une volonté de fraude du bénéficiaire et rendant l'engagement de la banque confirmante inefficace peut relever d'une appréciation délicate (*Rives-Lange/Contamine-Raynaud*, Droit bancaire, 6^e éd., Paris 1995, N 773; *Vasseur*, notes (1987), p. 402 ch. 10).

⁶⁶ *Meier-Hayoz/von der Crone*, Wertpapierrecht, § 31 N 42.

⁶⁷ Commentaire romand CO I – *Romy*, art. 146 CO N 1: «... modifier les conditions de leurs obligations respectives»; commentaire bernois (1941), I. – *Becker*, art. 146 CO N 1.

⁶⁸ Commentaire bernois (1941), I. – *Becker*, art. 146 CO N 1 i.f.; commentaire romand CO I – *Romy*, art. 146 CO N 1.

⁶⁹ Contra: *Schönle*, Rechtsproblem des Dokumentenakkreditivs, p. 250; *Stauder*, Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, p. 446; *de Gottrau*, thèse, p. 280.

⁷⁰ Voir *Bühler*, p. 100; comparer ATF 130 III 462, 476 c. 7.4.

⁷¹ *Nielsen*, Neue Richtlinien für Dokumenten-Akkreditive, Heidelberg 1994, art. 9 RUU, N 37; *Canaris*, Bankvertragsrecht, N 955; *Kümpel*, Bank- und Kapitalmarktrecht, N 4.137; dans le même sens: *Tevini du Pasquier*, thèse, p. 66, pour qui «la solution opposée [...] paraît peu compatible avec le principe de droit coutumier de la stricte observation des conditions du crédit».

⁷² Pour la sanction de l'art. 146 CO, voir commentaire romand CO I – *Romy*, art. 146 CO N 1.

⁷³ Comparer la solution de l'art. 1030 al. 2 et 3 CO.

⁷⁴ Dans le même sens, voir la solution proposée par une partie de la doctrine ainsi que par la plupart des prétoires européens; *Lombardini*, crédit documentaire, N 85; *Tevini du*

né aux conditions convenues librement avec le bénéficiaire.⁷⁵ La banque émettrice est étrangère à cette convention.⁷⁶ Elle ne peut ainsi reprocher à la banque confirmante d'avoir fait crédit au bénéficiaire, mais la seconde n'a aucun recours contre la première.⁷⁷

Il faut souligner que des auteurs établissent une distinction intéressante suivant la nature de l'escompte.⁷⁸ Si la banque confirmante escompte elle-même le montant de l'accréditif et charge le mandant à l'échéance de la somme entière, elle agit à ses risques.⁷⁹ Si par contre, l'escompte déduit est directement opéré pour le compte du mandant (ce qui semble, selon ces auteurs, avoir été le cas à l'ATF 100 II 145)⁸⁰, le mandataire a droit au remboursement. Le mandant pourrait alors rembourser seulement le montant escompté et ceci avant terme. Toujours selon la même source, cette seconde constatation est extrêmement rare en pratique. Cela est facilement compréhensible, étant donné que la banque émettrice doit non seulement consentir à cet escompte, mais surtout accepter de prendre elle-même le risque que le donneur d'ordre s'oppose au remboursement parce qu'il le prive de la possibilité d'éviter le paiement lorsqu'une fraude du bénéficiaire est avérée. La banque mandataire n'a ainsi pas besoin d'interdire explicitement à la banque confirmante le paiement anticipé. Il serait en outre arbitraire que la seconde puisse décider du moment à par-

tir duquel l'abus de droit ne peut plus être invoqué par la première.

IV. Conclusion

À l'instar du Tribunal fédéral, nous pensons que la prétention en remboursement de la banque confirmante ne trouve pas de fondement légal. En payant avant l'échéance, elle ne peut exécuter son mandat (art. 81 al. 1 CO) puisque le paiement anticipé ne s'accorde pas avec les intérêts de sa mandante (art. 398 al. 2 CO). La banque émettrice ne peut reprocher à la banque confirmante d'avoir fait crédit au bénéficiaire, mais celle-ci doit en supporter elle-même les risques. Les deux banques étant débitrices solidaires, la banque confirmante ne peut par son paiement aggraver la situation de la banque émettrice (art. 146 CO). La première n'a ainsi aucun recours contre la seconde.

Le droit suisse règle la question d'espèce. Les conceptions adoptées par les prétoires européens ainsi que les opinions soutenues en doctrine témoignent d'une différence d'appréciation du crédit documentaire à paiement différé. Ces divergences de vue et l'insécurité qui en résulte vont à l'encontre même de son objectif. D'une part, il serait souhaitable que la CCI se prononce dans la nouvelle version des RUU en cours de préparation.⁸¹ D'autre part et surtout, nous remarquons que revenir aux concepts généraux du droit des obligations permet de trouver des solutions aux problèmes non résolus par des normes spéciales.⁸² Ainsi, même si l'accréditif est une invention de la pratique, le juriste peut également contribuer à sa compréhension.⁸³

Pasquier, thèse, p. 66; *Stoufflet*, notes, Recueil Dalloz/Sirey (partie jurisprudence), Paris 1985, p. 199, III.9 ss; voir la jurisprudence citée à l'ATF 130 III 462, 477 s. c. 7; comparer de *Gottrau*, thèse, pp. 283 ss.

⁷⁵ *Stoufflet*, notes (1985), p. 199, III.9.

⁷⁶ *Affaki/Stoufflet*, chronique, *Industrial Bank of Korea c/BNP, Banque et Droit*, 09-10/2003, n. 91, p. 87.

⁷⁷ *Stoufflet*, notes (1985), p. 199, III.11; le paiement effectué en faveur du bénéficiaire n'étant en réalité que l'exécution d'une créance à tout le moins annulable pour erreur (si les conditions des art. 23 ss CO sont remplies) voir même inexistante, elle a un droit de répétition dirigé contre le bénéficiaire (*condictio indebiti*, art. 63 al. 1 CO).

⁷⁸ *Schinnerer/Avancini*, *Bankverträge III*, p. 101.

⁷⁹ *Schinnerer/Avancini*, *Bankverträge III*, p. 101: «(...) die Diskontierung [ist] keine Dienstleistung, sondern ein Eigenesgeschäft der eröffnenden Bank mit dem Begünstigten, dessen Risiko nicht auf den Auftraggeber übertragen werden kann»; le risque pris par la banque confirmante est honoré par le taux d'escompte fait au bénéficiaire (art. 81 al. 2 CO) et ceci indépendamment de la rémunération découlant du mandat.

⁸⁰ Voir en effet l'état de fait de l'ATF 100 II 145, 147.

⁸¹ *Affaki/Stoufflet*, chronique (2003), p. 87.

⁸² *Gilmore*, *The Death of Contract*, p. 6: «the pure law of contract is an area of what we can call abstract relationships. Pure contract doctrine is blind to details of subject matter and person. It does not ask who buys and who sells, and what is bought and sold (Friedman, *Contract Law in America, Madison Wisconsin 1965, N 20*)».

⁸³ D'autres ne semblent pas forcément partager cet avis, *Ellinger*, *The Modern Law Review*, 07/1961, vol. 24, n. 4, p. 530 s.: «the system should be kept as free as possible from technicalities and from [unnecessary] judicial dicta which may embarrass business dealings in future».