

# La réconciliation des irréconciliables : la *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*

Martin Pinault

Volume 38, numéro 3, 1997

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043454ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043454ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pinault, M. (1997). La réconciliation des irréconciliables : la *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*. *Les Cahiers de droit*, 38(3), 503–567.  
<https://doi.org/10.7202/043454ar>

Résumé de l'article

Les disparités entre les différents droits nationaux remettent en question la protection cambiaire traditionnellement reconnue au porteur d'un titre négociable lors de transactions internationales, d'où le besoin d'unifier les différentes lois relatives aux effets de commerce. La présente étude compare les législations de common law et de droit civil relatives aux effets de commerce avec les nouvelles règles proposées par la *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*. L'auteur tente de démontrer que le compromis réalisé par la nouvelle convention est acceptable pour les praticiens de chacun des systèmes et que celle-ci est conforme aux besoins reliés à la pratique du paiement et du financement international.

# La réconciliation des irréconciliables : la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux\*

---

Martin PINAULT\*\*

*Les disparités entre les différents droits nationaux remettent en question la protection cambiaire traditionnellement reconnue au porteur d'un titre négociable lors de transactions internationales, d'où le besoin d'unifier les différentes lois relatives aux effets de commerce. La présente étude compare les législations de common law et de droit civil relatives aux effets de commerce avec les nouvelles règles proposées par la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. L'auteur tente de démontrer que le compromis réalisé par la nouvelle convention est acceptable pour les praticiens de chacun des systèmes et que celle-ci est conforme aux besoins reliés à la pratique du paiement et du financement international.*

---

*Disparities between differing national legal systems are calling into question the traditional exchange protection afforded to holders of negotiable securities in international transactions; hence, the need for harmonizing these different legislations with regard to commercial papers. This study compares common law and civil law legislations pertaining to commercial papers in the light of new rules set forth in the United Nations Convention on International Bills of Exchange and Promissory Notes. The author attempts to demonstrate that the compromise proposed by the new*

---

\* Ce texte est une version remaniée du mémoire présenté par l'auteur dans le cadre de sa maîtrise en droit à l'Université Laval.

\*\* Avocat; LL.M., LL.D. (en cours); chargé de cours, Faculté des sciences de l'administration, Université Laval.

*convention is acceptable for practitioners in each system and that it answers the needs found in payment practices and international finances.*

	<i>Pages</i>
<b>Première partie : Le statut du porteur d'un effet de commerce</b> .....	508
<b>1. Les conditions pour accéder à la protection cambiaire</b> .....	509
1.1 La régularité de la chaîne des endossements .....	509
1.1.1 Le transfert de l'effet de commerce par endossement .....	509
1.1.2 L'émission de l'effet de commerce .....	512
1.2 La bonne foi .....	513
1.2.1 La connaissance effective .....	513
1.2.1.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes .....	513
1.2.1.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI .....	514
1.2.2 La connaissance présumée .....	516
1.2.2.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes .....	516
1.2.2.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI .....	518
1.3 Un effet complet .....	518
1.3.1 L'autorité de régulariser un instrument incomplet .....	518
1.3.2 Les mentions que la convention CNUDCI permet d'apposer sur un effet incomplet .....	520
1.4 Les autres conditions propres au système de common law .....	522
1.4.1 La considération .....	522
1.4.2 La négociation avant l'échéance et sans avis d'un précédent refus .....	523
1.5 Le compromis : le renforcement du statut du porteur .....	524
<b>2. Le principe de l'inopposabilité des exceptions</b> .....	525
2.1 Les défenses personnelles .....	526
2.1.1 La règle : l'inopposabilité des moyens de défense .....	526
2.1.2 L'exception à la règle : les parties immédiates .....	527
2.2 Les défenses réelles .....	528
2.2.1 L'incapacité .....	528
2.2.2 Les vices de consentement .....	529
2.2.3 L'altération de l'effet de commerce .....	531
2.2.3.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes .....	531
2.2.3.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI .....	532
2.2.4 La fausse signature et l'effet signé sans pouvoir .....	533
2.2.4.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes .....	533
2.2.4.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI .....	536
2.3 Le grand compromis : les défenses opposables au simple porteur .....	541
<b>Conclusion de la première partie</b> .....	542

	<i>Pages</i>
<b>Seconde partie : L'effet de commerce comme instrument de crédit</b> .....	542
<b>1. L'agencement de l'effet de commerce aux relations entre les parties</b> .....	543
1.1 Les clauses stipulant un intérêt .....	543
1.1.1 La clause d'intérêt fixe .....	544
1.1.2 Le taux variable ou le taux flottant .....	545
1.1.3 Les sanctions en cas de non-conformité de la clause stipulant un intérêt .....	546
1.2 Les versements à échéances successives et la clause d'exigibilité anticipée .....	547
1.2.1 Les versements à échéances successives .....	547
1.2.2 La clause d'exigibilité anticipée .....	548
1.2.2.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes .....	549
1.2.2.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI .....	550
1.3 Le choix de la monnaie .....	551
1.3.1 Les effets de commerce libellés en monnaie étrangère .....	551
1.3.2 La stipulation de paiement dans une monnaie autre que celle dans laquelle le titre est libellé .....	552
1.3.2.1 Les monnaies légales .....	552
1.3.2.2 Les unités de compte multidevises .....	553
1.3.3 Le paiement de l'effet libellé en monnaie étrangère .....	554
<b>2. La garantie</b> .....	555
2.1 La CGLU et l'aval .....	556
2.1.1 La nature de l'aval .....	556
2.1.2 Les moyens de défense appartenant à l'avaliseur .....	557
2.2 La garantie du système de common law .....	558
2.2.1 La nature du régime de garantie prévu par le système de common law .....	558
2.2.2 Les moyens de défense appartenant à la partie par complaisance .....	559
2.3 Le régime de garantie prévu par la convention CNUDCI .....	561
2.3.1 Le compromis réalisé par la convention CNUDCI .....	561
2.3.2 Les conditions de forme et interprétation .....	562
2.3.3 Les moyens de défense .....	563
<b>Conclusion de la seconde partie</b> .....	565
<b>Conclusion générale</b> .....	566

---

Les lettres de change et les billets à ordre sont des instruments juridiques simples universellement utilisés dans les opérations commerciales. La négociabilité et la sécurité qu'ils comportent, l'efficacité de la technique cambiaire dans la procédure de mobilisation des créances nées à l'étranger, la mise en place par les banques de procédés de paiements documentaires ainsi que les programmes d'exportation instaurés par les gouvernements qui permettent aux exportateurs de se refinancer facilement sont tous des

facteurs qui expliquent l'attachement des banques et des commerçants à l'utilisation de l'effet de commerce.

Des surprises désagréables et des difficultés particulières risquent toutefois de survenir lorsque ces effets de commerce traversent les frontières, débordent le champ d'application territorial de la loi qui les crée et sont ainsi soumis à plus d'un système juridique. Les disparités entre les différents droits nationaux et la complexité des règles de conflit de lois avec leurs pluralités de facteurs de rattachement remettent en question cette protection cambiaire traditionnellement reconnue au porteur d'un effet de commerce.

Ces incertitudes créées par les différences nationales apparues au XIX<sup>e</sup> siècle avec la codification des règles de droit dans les divers pays<sup>1</sup> ont suscité, depuis, de multiples efforts d'unification. De nombreuses conférences internationales ainsi qu'une volumineuse doctrine ont été consacrées à cette cause. Les premiers succès, réalisés par les Conventions de Genève de 1930 et 1931<sup>2</sup>, furent partiels dans la mesure où ils étaient limités aux pays de droit civil pour la plupart, les pays anglo-saxons ayant refusé d'y adhérer. Il en résulte aujourd'hui deux principaux systèmes juridiques relatifs aux effets de commerce, soit celui de la Convention de Genève portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (CGLU) et celui que représentent les lois adoptées par les pays de common law, toutes inspirées du *Bills of Exchange Act* anglais (BEA)<sup>3</sup>.

- 
1. Avant cette époque, le droit concernant les lettres de change, constitué par les coutumes et usages, était uniforme à travers tous les pays où la lettre de change était utilisée; F. LEARY Jr. et T. HUSTED Jr., « An Approach to Drafting an International Commercial Code and a Modus Operandi Under Present Laws », (1949) 49 *Columbia Law Review* 1070, 1070.
  2. *Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre* (Genève, 1930), (ci-après citée: « CGLU »); *Convention portant loi uniforme sur les chèques* (Genève, 1931). Ces documents sont reproduits dans NATIONS UNIES, *Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. 1, New York, Nations Unies, 1971, p. 154.
  3. Bien qu'elle soit véridique, l'affirmation selon laquelle le monde est divisé en deux régimes juridiques en ce qui concerne les effets de commerce doit tout de même être nuancée. D'abord, certains pays ne peuvent être associés à aucun des systèmes. Ensuite, il n'y a pas une uniformité complète à l'intérieur de chacun de ces deux systèmes. Cette non-uniformité se manifeste dans la législation, la jurisprudence, les pratiques commerciales ou bancaires ainsi que par les 23 réserves de la CGLU permettant à ses membres de maintenir des particularités nationales; G. HERRMANN, « Background and Salient Features of the United Nations Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes », (1988) 10(4) *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* 517, 519.

L'expansion toujours grandissante des échanges commerciaux internationaux et l'emploi d'effets de commerce pour ces opérations ne font qu'augmenter l'intérêt à l'égard de cette idée jamais abandonnée d'unifier les différentes lois relatives aux effets de commerce. Un nouvel espoir vient de voir le jour avec la dernière initiative de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) : la *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux* (convention CNUDCI)<sup>4</sup>.

Dans le cadre de la présente étude, nous nous proposons d'évaluer le compromis exposé dans la convention CNUDCI entre les deux principaux régimes juridiques relatifs aux effets de commerce. La démarche utilisée sera comparative. Nous confronterons les divergences les plus importantes opposant les deux systèmes et nous examinerons les solutions mises en avant par la convention CNUDCI pour chacune de ces divergences. L'opportunité de comparer les deux systèmes pour expliquer les règles contenues dans la convention CNUDCI se justifie par la probabilité que les opérateurs du commerce international préfèrent des règles avec lesquelles ils sont familiarisés, même si celles-ci ne répondent pas tout à fait à leurs besoins<sup>5</sup>. Le degré de satisfaction quant aux nouvelles règles uniformes sera donc largement influencé par le degré d'homogénéité entre les règles prévues par celle-ci et les lois en vigueur dans les États en question.

Nous accorderons également une attention particulière à l'aptitude des règles de la convention CNUDCI pour s'adapter aux besoins du commerce international. La nouvelle convention doit être plus qu'un simple compromis entre les deux grands systèmes. A l'heure des transferts électroniques de fonds et des autres modes de paiement qui font leur apparition, la convention CNUDCI doit concilier le formalisme cambiaire avec les nouveaux besoins et pratiques reliés aux transactions internationales. Notre but sera justement de démontrer que la convention CNUDCI a su créer un effet de commerce capable d'assurer les fonctions les plus diverses et qui saura susciter un intérêt des milieux financiers internationaux.

- 
4. Le texte de la convention CNUDCI est reproduit en annexe au Rapport du sixième comité à la quarante-troisième session de l'Assemblée Générale des Nations Unies (Doc. A/43/820), adoptée le 9 décembre 1988 par la résolution 43/165. La Convention est ouverte à la signature par les États. Au 21 mai 1996, elle avait reçu trois signatures, soit celles du Canada, des États-Unis et de la Fédération de Russie et deux ratifications, soit celles de la Guinée et du Mexique ; Document des Nations Unies, A/CN.9/428.
  5. W. VON MARSCHALL, « Uncitral's Proposed International Bill of Exchange », (1987) 4 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 6, 18.

Ces questions seront discutées en deux volets. Les principaux avantages découlant de l'effet de commerce résultent du principe de l'inopposabilité des exceptions. Autant la CGLU que les lois des pays de common law accordent un statut privilégié au porteur qui prend le titre libre de toute défense s'il remplit certaines conditions. La première partie de notre travail sera consacrée à la comparaison du statut du porteur d'un effet de commerce en vertu des systèmes de common law, de la CGLU et de la convention CNUDCI.

L'essor des lettres de change et billets à ordre est lié à la prolongation des délais de paiement consentis aux acheteurs étrangers<sup>6</sup>. Par conséquent, il est intéressant de comparer la capacité des réglementations de chacun des systèmes et de celle proposée par la convention CNUDCI à se concilier avec les nouveaux besoins de financement du commerce international. La seconde portera donc sur l'analyse du rôle de l'effet de commerce comme instrument de crédit.

### Première partie : Le statut du porteur d'un effet de commerce

La définition des qualités requises au porteur d'un effet de commerce pour recevoir la protection cambiaire constitue la pierre angulaire du droit relatif aux instruments négociables<sup>7</sup>. Une des différences fondamentales entre les deux principaux systèmes concerne les conditions nécessaires à l'acquisition de cette protection. Ces divergences compromettent considérablement la sécurité de paiement dans les transactions commerciales internationales. L'unification des conditions dans lesquelles une personne peut faire valoir un titre cambiaire est donc particulièrement importante (section 1).

Le principe de l'inopposabilité des exceptions, qui tire son fondement de la nécessité de favoriser le paiement de l'effet de commerce, est commune aux deux systèmes<sup>8</sup>. Ce principe, toutefois, n'est pas reconnu partout

- 
6. P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales ; étude comparative de droit cambiaire français et américain*, Paris, Economica, 1986, p. 3 ; O. CAPATINA, « L'évolution des fonctions de la lettre de change dans les rapports de commerce extérieur », (1978) *Revue roumaine des sciences sociales — sciences juridiques* 309, 312.
  7. D. FELDER, *Étude comparée de certaines divergences entre les droits de change des pays anglo-nord-américains et les pays ayant adopté la Loi uniforme de Genève eu égard au projet de la Convention de la CNUDCI sur les lettres de change internationales*, Thèse de maîtrise, Montréal, Université McGill, 1986.
  8. *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), c. B-4 (ci-après citée : « LLC ») ; *Bills of Exchange Act*, 1882 (U.K.), 45 et 46 Vict., c. 61 (ci-après cité : « BEA ») ; *Uniform Commercial Code*, 1991 Official Text, section 3-305 (ci-après cité : « UCC ») ; CGLU, art. 17.

avec la même ampleur. Il en découle que les défenses opposables au porteur d'un effet de commerce diffèrent d'un système à l'autre. Celles-ci sont unifiées par la convention CNUDCI (section 2).

## 1. Les conditions pour accéder à la protection cambiaire

Les principaux avantages que présente un effet de commerce résultent de la solidité de la position juridique du porteur<sup>9</sup>. Les conditions prévues par la CGLU pour acquérir le titre de porteur légitime sont relativement simples. D'après l'article 16 de la CGLU, le porteur légitime est celui qui détient un effet de commerce de bonne foi et à la suite d'une chaîne ininterrompue d'endossements. Les conditions imposées par la common law pour devenir détenteur régulier quant à elles, sont plus nombreuses et plus strictes.

### 1.1 La régularité de la chaîne des endossements

#### 1.1.1 Le transfert de l'effet de commerce par endossement

Par sa nature même, l'effet de commerce est transmissible<sup>10</sup>. La circulation de l'effet de commerce international est d'autant plus augmentée du fait que le bénéficiaire n'a souvent pas d'établissement de commerce ni de bureau dans le pays du tiré. Par conséquent, il choisira de transmettre l'effet de commerce à quelqu'un, une banque généralement, qui pourra le présenter plus facilement au paiement<sup>11</sup>. En vertu de chacun des systèmes, le mode normal de transmission est l'endossement<sup>12</sup>.

L'exigence selon laquelle la lettre doit contenir une suite ininterrompue d'endossements est commune aux deux systèmes<sup>13</sup>. Cette analogie s'explique par l'universalité du caractère négociable de l'effet de commerce. Effectivement, il découle de cette règle que le porteur de bonne foi peut obtenir son paiement sans avoir à établir l'origine de son droit et que le tiré peut

9. Le porteur d'un effet de commerce qui reçoit la pleine protection cambiaire est appelé « porteur légitime » en vertu de la CGLU, « détenteur régulier » dans les pays de common law et « porteur protégé » dans la convention CNUDCI. Dans la présente étude, nous emploierons l'expression « porteur de bonne foi » pour désigner l'ensemble de ces porteurs.

10. Le système de common law emploie le terme « négociation » pour désigner la cession de l'effet de commerce, alors que la convention CNUDCI a retenu le terme « transmission ». Toutefois, les deux termes ont la même signification.

11. F. LEARY Jr. et T. HUSTED Jr., *loc. cit.*, note 1, 1087.

12. Document des Nations Unies, A/CN.9/213.

13. CGLU, art. 16. Le système de common law pose plutôt la condition selon laquelle l'effet doit être régulier. Celle-ci, étant plus large, englobe néanmoins la régularité de la chaîne des endossements; LLC, art. 55 (1); BEA, section 29 (1); UCC, section 3-302 (a) (1).



exécuter un paiement libératoire sans avoir à effectuer de recherches<sup>14</sup>. Ce sont là des prémisses fondamentales à la circulation du titre cambiaire. Par conséquent, il allait de soi que la convention CNUDCI consacre cette règle et fasse de la suite ininterrompue des endossements une condition préalable à l'acquisition du statut de porteur protégé (art. 15 (1) (b) et 29).

Les principes gouvernant l'endossement des instruments négociables sont similaires dans chacun des systèmes et selon la convention CNUDCI. Ainsi, en vertu de chacun de ces régimes, l'endossement consiste en l'apposition de la signature au dos de l'effet de celui qui le transmet<sup>15</sup>. Une suite d'endossements ininterrompue signifie que l'on doit retrouver l'inscription du nom des porteurs successifs. Il s'agit d'une condition purement objective qui se vérifie à la lecture du titre. Le premier endossement est celui du preneur et chacun des endos suivants doit être signé par la personne désignée par l'endossement précédent. Dans le cas de l'endossement en blanc, la personne qui procède par la suite à un endossement régulier est réputée bénéficiaire de l'endossement en blanc<sup>16</sup>. Le porteur de bonne foi est celui dont le nom figure à la dernière place, à moins que le dernier endossement ne soit en blanc.

Contrairement à la CGLU, le système de common law fait de l'acquisition par endossement une condition à l'obtention du statut de porteur de bonne foi<sup>17</sup>. Dans le cas de transmission de l'instrument autrement que par l'endossement, les législations du système de common law prévoient que le détenteur doit subir les exceptions qui étaient opposables à son cédant<sup>18</sup>. Cette condition représente rarement une difficulté dans la pratique. Tout d'abord, il est prévu par les législations de common law que le cessionnaire est en droit d'exiger de son cédant immédiat un endossement à son profit<sup>19</sup>. Par ailleurs, l'effet de commerce international est généralement transmis à une banque ou, tout au moins, il circule entre professionnels. Ces derniers ne manquent pas d'exiger un endossement à leur profit, d'autant plus qu'ils sont souvent en position de force.

---

14. G. RIPERT et R. ROBLLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1981, p. 158.

15. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 165. L'endossement peut également être effectué sur une allonge selon la CGLU et l'UCC; CGLU, art. 13; UCC, section 3-204 (a). Voir également l'article 61 (2) de la LLC et la section 32 (1) du BEA qui reconnaissent les endossements effectués conformément aux autres lois.

16. LLC, art. 64; BEA, section 30; UCC, section 3-205 (c); CGLU, art. 16; convention CNUDCI, art. 15 (2).

17. LLC, art. 55 (1) (b); BEA, section 29 (1) (b), UCC, section 3-302 (a) (1); Cela est dit sous réserve des règles relatives à l'émission de l'effet de commerce.

18. LLC, art. 60 (1); BEA, section 31 (4); UCC, sections 3-203 et 3-302 (a) (1).

19. LLC, art. 60 (1); BEA, section 31 (4); UCC, section 3-203 (c).

Bien que la pratique du système de common law démontre que l'exigence relative à l'acquisition par endossement est sans conséquence, il demeure que cette condition n'est d'aucune utilité. La convention CNUDCI ne reprend pas cette exigence et tranche plutôt la question de façon identique à la CGLU. Ainsi, le porteur d'un effet international n'a pas à faire l'acquisition de l'instrument par endossement afin d'être protégé en vertu de la nouvelle convention (art. 29).

Il arrive parfois que l'effet de commerce soit endossé conditionnellement. Par exemple, l'endosseur peut subordonner son engagement à la livraison des marchandises avant une date déterminée. L'endossement conditionnel est traité de façon identique par les deux systèmes. La non-réalisation de la condition n'est opposable qu'entre l'endosseur conditionnel et son endossataire<sup>20</sup>. Entre les autres signataires, la condition à laquelle l'endossement est subordonné est réputée non écrite<sup>21</sup>. La convention CNUDCI adopte une solution identique à celle des deux systèmes (art. 18 (2)). La circulation de l'effet de commerce est ainsi facilitée en ce que l'endossement conditionnel ne touche que les parties immédiates à l'endossement. Les porteurs subséquents peuvent donc acquérir l'effet et obtenir la protection cambiaire sans se préoccuper de l'endossement conditionnel. Cette solution est conforme au commerce international où il est souvent difficile de vérifier la réalisation de la condition.

D'autres règles gouvernant l'endossement sont prévues par chacun des systèmes. Celles qui concernent l'endossement faux constituent la plus grande divergence entre les deux systèmes et elles justifient une analyse séparée qui fera ici l'objet d'une section particulière en raison de leur importance<sup>22</sup>. Les autres règles, au contraire, sont similaires entre les deux systèmes et elles sont consacrées dans la convention CNUDCI<sup>23</sup>. Pour cette raison, elles ne seront pas étudiées plus en détail dans la présente étude.

---

20. F. LEARY Jr. et T. HUSTED Jr., *loc. cit.*, note 1, 1088; J.B. BYLES, *On Bills of Exchange*, 22<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1965, p. 98; M. CHALMERS et A. GUEST, *On Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes*, 14<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1991, p. 310; B. CRAWFORD, et J. FALCONBRIDGE, *Banking and Bills of Exchange*, 8<sup>e</sup> éd., t. 2, Toronto, Canada Law Book, 1986, p. 1494.

21. LLC, art. 65; BEA, section 33; UCC, sections 3-206 (b) et (e); CGLU, art. 12. Le droit américain a innové lors de la dernière révision de l'UCC. Auparavant, l'endossement conditionnel empêchait le détenteur d'être régulier.

22. *Supra*, section 2.2.4.

23. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 165.

### 1.1.2 L'émission de l'effet de commerce

Le droit cambiaire étant organisé dans le but d'augmenter et de sécuriser la circulation de l'effet de commerce, la question de savoir si le premier preneur devait recevoir la protection cambiaire s'est posée. La complexité de cette question, qui a fait couler beaucoup d'encre à l'intérieur de chacun des systèmes, est due à une terminologie confuse de la législation. Nous allons démontrer que, bien que la qualité du premier preneur soit traitée différemment dans le système de common law et le système de droit civil, cette divergence est sans grande conséquence pratique.

Tout d'abord, en disposant que le porteur légitime est celui qui « justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements », l'article 16 de la CGLU porte à croire que seul l'endossataire peut se qualifier au titre de porteur légitime. La jurisprudence et la doctrine ont, malgré la lettre du texte, souligné que le bénéficiaire peut également être titulaire des droits du porteur légitime s'il remplit les autres conditions<sup>24</sup>.

Les textes de la LLC et du BEA se rapprochent de celui de la CGLU par un formalisme qui paraît imposer la négociation de l'instrument pour que celui qui le détient soit un détenteur régulier<sup>25</sup>. Malgré la similitude des textes de la CGLU, de la LLC et du BEA, la jurisprudence dominante de l'Angleterre et du Canada est à l'effet que le preneur ne peut être détenteur régulier, contrairement à la jurisprudence existant dans les pays de droit civil<sup>26</sup>. Les États-Unis, pour leur part, désirant mettre fin à la controverse sur cette question, ont décidé lors de l'élaboration du UCC de ne pas distinguer entre l'émission et la négociation<sup>27</sup>.

La convention CNUDCI suit l'exemple du UCC et de la CGLU et prévoit expressément que le preneur de l'effet de commerce peut également être porteur protégé (art. 15 (1) (a) et 29). La solution prévalant au Canada et en Angleterre étant contestée par plusieurs auteurs et par une certaine partie de la jurisprudence, il a paru préférable de privilégier une solution qui a su faire l'unanimité parmi ses initiés<sup>28</sup>. Cependant, l'importance de cette

24. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 14, p. 162.

25. LLC, art. 55; BEA, section 29 (1) (b).

26. *R.E. Jones Ltd. c. Waring & Gillow Ltd.* [1926] A.C. 670; *Gallagher c. Murphy* [1929] R.C.S. 288.

27. UCC, section 3-302 (a) (1). La *Negotiable Instrument Law* adoptait une rédaction semblable à celle du BEA et de la LLC et provoquait ainsi la même controverse.

28. D'ailleurs, certains auteurs souhaitent une modification de la LLC et du BEA qui permettrait au preneur d'être détenteur régulier; voir I. BAXTER, *Law of Banking*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 26; B. GEVA, « Reflections on the Need to Revise the Bills on Exchange Act », (1981-1982) 6 *Canadian Business Law Journal* 269, 272 et suiv. Pour les justifications de la solution actuelle, voir N. L'HEUREUX, *Le droit bancaire*, 2<sup>e</sup> éd.,

division sur la qualité du bénéficiaire et le débat qu'elle entraîne est diminuée en pratique du fait que le preneur demeure une partie immédiate face au tireur ou au souscripteur et que les exceptions tirées des rapports personnels du signataire poursuivi avec le porteur sont toujours opposables à ce dernier<sup>29</sup>.

## 1.2 La bonne foi

Il n'y a aucune raison d'accorder la protection cambiaire à celui qui connaît un moyen de défense relié au titre. Par ailleurs, l'augmentation de l'utilisation de l'effet de commerce commande que la loi apporte une certaine sécurité au débiteur. Pour ces considérations, le porteur qui veut écarter les exceptions d'un signataire antérieur doit être de bonne foi au regard de chacun des deux systèmes. Néanmoins, des nuances existent entre le système de droit civil et celui de common law sur le sens qu'il faut donner à la « bonne foi ».

### 1.2.1 La connaissance effective

#### 1.2.1.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes

En vertu des législations de common law, la bonne foi du porteur est une condition à l'octroi du statut de détenteur régulier et les textes légaux le prévoient expressément<sup>30</sup>. L'exigence relative à la bonne foi a toutefois été assimilée par la jurisprudence aux autres conditions prévues par la loi, soit l'ignorance d'un vice touchant le titre. La détermination de la bonne foi résulte donc d'une approche subjective. Il s'agit de déterminer si le porteur avait connaissance d'un défaut affectant l'opération qui a donné lieu à l'émission ou le transfert du titre lorsque celui-ci lui a été négocié<sup>31</sup>. Cette connaissance doit être prouvée par des faits suffisamment précis et elle ne peut découler d'une imprudence ou d'un manquement à une obligation de s'informer<sup>32</sup>.

Pour ce qui est des pays de droit civil, l'emploi des termes « bonne foi » ne correspond pas à la lettre du texte. C'est dans l'article 17 de la CGLU qu'un équivalent de la « bonne foi » de la common law peut être trouvé. La

---

Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 278 ; S.A. SCOTT, « Comment on Benjamin Geva's Paper ; Reflection on the Need to Revise the Bills of Exchange Act », (1981-1982) 6 *Canadian Business Law Journal* 331, 334 ; J.B. BYLES, *op. cit.*, note 20, p. 207.

29. *Infra*, section 2.1.2.

30. LLC, art. 55 (1) (b) ; BEA, section 29 (1) (b) ; UCC, section 3-302 (a) (2) (ii).

31. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 280.

32. Voir les définitions de « bonne foi » : LLC, art. 3 ; BEA, section 90 ; UCC, section 3-103 (a) (4).

CGLU emploie une formulation différente en disposant que le porteur peut écarter les exceptions au paiement opposées par un signataire antérieur « à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur<sup>33</sup>. » L'analyse littérale de cette disposition a donné lieu à divers courants doctrinaux et jurisprudentiels dans chacun des pays continentaux situant la mauvaise foi quelque part entre la simple connaissance d'une exception relative au titre et l'entente frauduleuse portant préjudice au débiteur<sup>34</sup>. En droit français notamment, sans faire le tour complet de la question, on peut retenir que, pour être de mauvaise foi, le porteur doit non seulement connaître l'exception ou le vice touchant le titre, mais il doit être conscient que le fait d'acquérir l'effet causera un préjudice au débiteur en plaçant celui-ci dans l'impossibilité de se prévaloir, à l'égard d'une partie antérieure, d'un moyen de défense issu de ses relations avec cette dernière<sup>35</sup>. Comparativement au droit des pays de common law, cette solution aboutit donc, en principe, à renforcer la position du porteur.

#### 1.2.1.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI

Le texte de la nouvelle convention brille par sa sagesse en ne se référant pas à des concepts aussi vagues que ceux de la « bonne foi » ou de la volonté d'« agir au détriment du débiteur ». Sont ainsi évitées des interprétations contradictoires et stériles qui auraient sans doute divergé d'un État à l'autre, alors que l'uniformité dans l'application de la convention est visée<sup>36</sup>. La convention CNUDCI exige plutôt que le porteur n'ait pas connaissance que l'effet a été refusé à l'acceptation ou au paiement d'un droit « valable » d'un tiers sur l'effet<sup>37</sup> ou qu'il existe un moyen de défense relatif à l'effet

33. CGLU, art. 17. Nous emploierons tout de même les termes « bonne foi » ou « mauvaise foi » pour la commodité du texte.

34. N. REUTER, « La mauvaise foi de l'article 121 du Code de commerce », (1974) *Revue trimestrielle de droit commercial* 438, 450; C. DUGUET, « Les critères d'appréciation de la mauvaise foi du tiers porteur d'une lettre de change acceptée », (1979) 2 *Gazette du Palais* 536.

35. C'est ce qui ressort de la décision de la Cour de cassation dans l'arrêt *Worms* qui fait jurisprudence : Com. 26 juin 1956, J.C.P.II. 9600.

36. Convention CNUDCI, art. 4.

37. Cette exigence, inspirée essentiellement de la section 3-302 (a) (2) (v) du UCC, veut probablement faire référence à un droit de propriété ou un droit de garantie quant à l'effet. On peut se questionner par ailleurs sur la signification que les tribunaux vont accorder au terme « valable ». Un droit valable se situera quelque part entre l'allégation futile d'un droit et un jugement provenant d'un tribunal reconnaissant ce droit; voir B. CRAWFORD, « The Definition of «Holder» and «Protected Holder» in the UNCITRAL Convention on International Bills and Notes », (1990) 4 *Banking and Finance Law Review* 267, 304.

(art. 29 (a), (b) et (c)). Il s'agit, en fait, de la définition que les tribunaux de common law ont attribuée au concept de la « bonne foi<sup>38</sup> ».

L'approche retenue par la nouvelle convention a été mal reçue par les auteurs familiarisés avec la CGLU. Ces derniers allèguent qu'elle sera source de contentieux et moins favorable à la sécurité des opérations cambiales internationales que la CGLU<sup>39</sup>. En ce qui a trait à la sécurité, peut-être les civilistes surestiment-ils la protection accordée au porteur d'un instrument régi par la CGLU ? Il est vrai que la formulation continentale est plus rigoureuse en exigeant que le porteur soit conscient que le fait d'acquiescer l'effet causera un préjudice au débiteur pour être qualifié de mauvaise foi. En pratique, cependant, les tribunaux des pays civilistes interdisent généralement la protection cambiale au porteur qui connaît l'exception<sup>40</sup>. Puisque la preuve de la mauvaise foi implique une appréciation subjective de l'intention du porteur et que cette preuve est souvent impossible, la connaissance par le porteur d'une exception est dans bien des situations un indice suffisant permettant au juge de déduire la mauvaise foi du porteur<sup>41</sup>.

On peut prétendre également que, dans la plupart des cas, lorsque le porteur connaît une exception relative au titre, il sait pertinemment que son acquisition retirera au débiteur le droit d'opposer cette exception puisque ce sont là les conséquences prévues par la loi. Ainsi, connaissance d'une exception et conscience que le transfert causera un préjudice au débiteur seraient souvent indissociables. Par conséquent, l'opposition qui existe entre les deux systèmes pour ce qui est des concepts et de la formulation adoptée n'est pas aussi marquée dans la réalité jurisprudentielle.

Par ailleurs, la protection du porteur a-t-elle raison d'être lorsque ce dernier a la connaissance d'un vice affectant le titre ? La protection du débiteur doit également être considérée afin de favoriser l'émission des effets de commerce. La connaissance du porteur est, selon nous, un critère raisonnable équilibrant de façon juste les droits entre le porteur et le débiteur.

En ce qui a trait à l'allégation selon laquelle la formulation adoptée par la convention CNUDCI sera source de contentieux, soulignons que celle de la CGLU a été abandonnée à cause de sa conception trop subjective qui a,

---

38. B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 37, 288.

39. Voir notamment : P. BLOCH, « Le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux », (1979) *Journal de droit international* 770, 788.

40. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 193.

41. *Id.*, p. 187.

par ailleurs, semé la confusion sur la question dans les pays européens<sup>42</sup>. Les nombreuses interprétations données aux termes « n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » démontrent son manque de précision<sup>43</sup>. D'ailleurs aujourd'hui encore, « la doctrine n'a pas, semble-t-il, jusqu'à présent, dégagé de la formule un critère suffisamment précis, qui permette, en présence d'une situation donnée, de savoir si le porteur peut, ou non, faire valoir contre le porteur l'exception qu'il aurait pu opposer à l'endosseur de celui-ci<sup>44</sup> ». La formulation adoptée dans la convention CNUDCI a sûrement l'avantage d'être plus précise.

Enfin, peut-être faut-il examiner la difficulté de trouver une formulation efficace et qui fasse l'unanimité. À ce sujet, les juristes des pays de droit civil se souviendront sûrement des circonstances entourant l'adoption de l'article 17 de la CGLU, où personne n'était satisfait de la formulation finalement adoptée<sup>45</sup>.

### 1.2.2 La connaissance présumée

Bien que n'ayant pas connaissance d'un défaut relié au titre, il peut arriver que le porteur acquiert l'effet de commerce dans des circonstances douteuses. Par exemple, le porteur peut-il prétendre être de bonne foi lorsqu'il reçoit le titre d'une personne en faillite ? Nous démontrerons que, encore une fois, malgré des textes divergents, la jurisprudence des pays de droit civil se rapproche de celle des pays de common law.

#### 1.2.2.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes

Au regard des tribunaux de common law, on doit distinguer la négligence « honnête » à s'informer de la négligence délibérée. Ainsi, la connaissance du vice peut être présumée dans le cas d'un manquement supporté par la malhonnêteté. Effectivement, selon la jurisprudence des pays anglo-saxons, une personne recevant un instrument dans des circonstances qui éveillent nécessairement des soupçons a l'obligation de s'informer sur les

---

42. N. REUTER, *loc. cit.*, note 34, 449-450 ; B. GREENE, « Personal Defenses under the Geneva Uniform Law on Bills of Exchange and Promissory Notes : A Comparison », (1962-1963) 46 *Marquette Law Review* 281, 284.

43. W.C. VIS, « Unification of the Law of Negotiable Instruments : The Legislative Process », (1979) 27 *American Journal of Comparative Law* 507, 512. Pour une revue de la jurisprudence sur cette question dans les différents pays de droit civil, voir B.H. GREENE, *loc. cit.*, note 42.

44. G. FRIEDEL, *De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce*, Paris, Rousseau, 1951, p. 152.

45. D. FEDLER, *op. cit.*, note 7, p. 36.

transactions antérieures relatives au titre<sup>46</sup>. Le détenteur ne peut donc renoncer délibérément à procéder aux vérifications en son pouvoir. L'omission du porteur d'investiguer dans de telles circonstances équivaut à lui faire perdre sa bonne foi<sup>47</sup>. L'équivalence entre la valeur donnée en échange de la lettre et le montant de celle-ci et les rapports commerciaux étroits entre les parties à l'effet constituent souvent des indices de la connaissance ou non d'un vice touchant le titre<sup>48</sup>.

Certains auteurs européens soutiennent que la CGLU traduit une conception plus favorable au porteur qui se reflète par le refus des tribunaux de présumer de la connaissance d'un vice touchant le titre par le porteur même si cette ignorance est due à une faute lourde<sup>49</sup>. Ce raisonnement se justifie par la lettre de l'article 17. Puisque le terme « sciemment » implique une connaissance active, la preuve d'une négligence grossière ne suffirait pas à démontrer le degré d'intention requis. Par conséquent, en théorie, aucune obligation de procéder à des vérifications sur la légitimité des rapports juridiques des parties qui le précèdent n'est imposée au porteur<sup>50</sup>. Néanmoins, on retrouve dans certaines décisions l'affirmation selon laquelle le porteur est de mauvaise foi parce qu'il aurait dû connaître le vice dont la lettre était entachée<sup>51</sup>. La doctrine est divisée sur les conclusions à tirer de ces décisions. Certains auteurs avancent que ces décisions sont des cas d'espèce dont il serait dangereux de tirer un principe<sup>52</sup>, alors que d'autres affirment que les tribunaux européens utilisent depuis fort longtemps la fiction de connaissance pour apprécier la bonne foi du porteur<sup>53</sup>. Le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il faut voir dans ces décisions une certaine répugnance des tribunaux à accorder une protection à un porteur qui, sans avoir la certitude du vice, ne peut raisonnablement croire en l'absence de celui-ci.

---

46. J.B. BYLES, *op. cit.*, note 20, pp. 228-229; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 195; N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 281.

47. Voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 281 et suiv.

48. B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 628 et suiv.; J.B. BYLES, *op. cit.*, note 20, pp. 229-231.

49. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 194.

50. N. REUTER, *loc. cit.*, note 34, 464.

51. Cass. req., 29 avril 1947, J.C.P.II.3602, note LESCOT;

52. Pour les auteurs qui partagent cette opinion: G. FRIEDEL, *op. cit.*, note 44, p. 159; P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce*, t. 1, Paris, Rousseau, 1953, p. 345.

53. D. FELDER, *op. cit.*, note 7, p. 78; B.H. GREENE, *loc. cit.*, note 42, 287-304; N. REUTER, *loc. cit.*, note 34, 468.



### 1.2.2.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI

La nouvelle convention prévoit dans son article 6 qu'«une personne est réputée avoir connaissance d'un fait si elle en a effectivement connaissance ou si elle ne pouvait pas l'ignorer». Cette disposition a suscité de longues discussions au sein du groupe de travail chargé d'élaborer la convention CNUDCI. Les représentants des pays de droit civil, surtout, craignaient que la sécurité attachée au titre ne soit touchée de façon injustifiée par cette présomption<sup>54</sup>. La volonté du groupe de travail, lors de la rédaction de cette disposition, était de proposer un texte réaffirmant le principe selon lequel la connaissance d'une exception devait s'entendre de la connaissance effective. Il était important également, toutefois, d'accorder aux tribunaux le pouvoir d'imputer à une personne la connaissance de certains faits dont, si elle ne les avait pas volontairement négligés, elle aurait pu avoir une connaissance effective<sup>55</sup>. On peut argumenter que la connaissance d'un fait précis étant quelque chose de subjectif, la preuve en est très difficile si le porteur soutient ne pas avoir cette connaissance. Par conséquent, nous trouvons juste qu'un tribunal puisse par un processus de déduction, à partir de prémisses connues, en arriver à la conclusion que le porteur avait connaissance d'un vice. Selon nous, cette disposition n'est en réalité que la consécration de la jurisprudence des pays de common law et de droit civil. Il reste à voir l'utilisation que feront les tribunaux de cette disposition.

## 1.3 Un effet complet

Les deux systèmes prévoient des conditions de forme particulières pour qu'un document puisse être reconnu comme un instrument négociable. Ceux-ci démontrent toutefois un certain assouplissement en permettant qu'un effet soit complété après son émission. Les conditions selon lesquelles un instrument négociable peut être complété et les conséquences qui y sont attachées divergent d'une loi à l'autre. Celles-ci sont unifiées par la convention CNUDCI.

### 1.3.1 L'autorité de régulariser un instrument incomplet

En général, le bénéficiaire d'un effet de commerce se voit offrir un titre cambiaire valide et complet pour ce qui est de la forme. Cela est d'autant plus vrai dans le commerce international puisque les parties sont des professionnels. Exceptionnellement, à cause des relations contractuelles entre les parties, il peut arriver que certains éléments à apposer sur le titre, comme

54. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 787.

55. Document des Nations Unies, A/CN.9/267 et A/CN.9/273.

le montant, le nom du bénéficiaire ou la date, ne soient pas déterminés lors de l'émission.

Le document qui ne comporte pas les mentions exigées par la loi ne vaut pas comme titre cambiaire et le tiré ne peut payer sur la base d'un tel document. Il faut mentionner cependant que la loi supplée certaines mentions défailtantes. A titre d'exemple, l'effet sans indication d'échéance est réputé payable à vue<sup>56</sup>. Conformément au UCC (section 3-109 (a) (2)), un titre sur lequel le nom du bénéficiaire n'est pas indiqué est réputé être un titre au porteur. En ce qui a trait à la CGLU, à défaut d'indication, le lieu de paiement est celui désigné à côté du nom du tiré et le lieu de création, celui indiqué à côté du nom du tireur (art. 2).

Outre ces présomptions, les deux systèmes démontrent un assouplissement du formalisme cambiaire en permettant qu'un effet soit complété après son émission. Autant en vertu de la CGLU que des législations du système de common law, on considère que celui qui signe un effet sur lequel il manque une ou plusieurs mentions autorise implicitement le détenteur à apposer ces mentions<sup>57</sup>. Ainsi, l'apposition des mentions manquantes régularise rétroactivement le titre à l'égard de tous les signataires<sup>58</sup>.

Néanmoins, certaines conséquences attachées à cette régularisation divergent d'un pays à l'autre. En droit canadien et anglais, la simple connaissance que l'effet a été émis en blanc suffit à empêcher le détenteur de devenir régulier<sup>59</sup>. La CGLU et le UCC se montrent plus libéraux et le fait de savoir qu'un effet de commerce a été complété après son émission ne suffit pas à priver le porteur de son statut de porteur de bonne foi<sup>60</sup>. Il s'agit de l'application du principe selon lequel les porteurs sont en droit de se prévaloir de la régularité apparente du titre à l'égard de tous les signataires. Toutefois, le porteur qui a connaissance, au moment où il acquiert le titre, que les mentions inscrites ultérieurement à l'émission mais avant son acquisition ne sont pas conformes à la volonté de l'émetteur ne satisfait évidemment pas aux conditions relatives à la bonne foi<sup>61</sup>. Il en est de même, à plus forte raison, du porteur qui remplit les blancs contrairement à l'accord initial<sup>62</sup>. Quant au porteur qui acquiert un titre incomplet et qui le transmet

---

56. LLC, art. 22 (1); BEA, section 10 (1); UCC, section 3-108 (a); CGLU, art. 2.

57. LLC, art. 30; BEA, section 20 (1); UCC, section 3-115 (a).

58. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 127.

59. *Brien c. Lupien*, (1926) 40 B.R. 546. Il y a une exception à cette règle en ce qui concerne la date: LLC, art. 29; BEA, section 12.

60. CGLU, art. 10; UCC, sections 3-115 et 3-302.

61. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 191.

62. UCC, section 3-407 (b); Com., 9 mars 1971, *Bull.* IV, n° 75; J.C.P.II.16900, note GROSLIÈRE; Com., 4 octobre 1971, *Bull.*, IV, n° 223.

sans l'avoir régularisé, il est considéré comme un porteur de bonne foi seulement si le titre est ultérieurement régularisé de manière conforme aux accords intervenus<sup>63</sup>.

Un effet incomplet peut également engager de façon valable les parties en vertu de la nouvelle convention. Contrairement aux législations des deux systèmes, cependant, le porteur d'un effet international n'a pas le pouvoir de compléter un effet, à moins qu'il n'en ait reçu le mandat précis de la part du tireur ou du souscripteur<sup>64</sup>. L'endossataire doit donc être vigilant et s'assurer que l'effet est complet lorsqu'il l'acquiert. La question de savoir si le porteur peut forcer le tireur ou souscripteur à compléter l'effet prend alors tout son intérêt. Puisque la convention CNUDCI n'y répond pas, ce cas doit être réglé par le droit national applicable.

La convention CNUDCI permet qu'un porteur d'un effet émis en blanc soit protégé. En fait, les dispositions de la convention CNUDCI confirment en tout point les solutions adoptées par la CGLU et le UCC (art. 29 (a), 28 (1) (e), et 12 (2)). En théorie, une nuance existe, toutefois, dans l'hypothèse très peu probable où le porteur prend un effet incomplet qu'il transmet sans le régulariser et qui est régularisé ultérieurement de manière non conforme aux ententes intervenues. Dans cette éventualité, ce porteur ne serait pas protégé selon la nouvelle convention (art. 29). Outre le fait que cette éventualité risque peu de se produire, la distinction entre, d'une part, le UCC et la CGLU et la convention CNUDCI, d'autre part, est sans conséquence puisque un signataire antérieur ne pourra opposer ce moyen de défense à ce porteur même s'il est non protégé<sup>65</sup>. La convention CNUDCI tranche donc dans le sens le plus favorable au porteur de bonne foi. En abandonnant la solution adoptée par la LLC et le BEA, la convention CNUDCI démontre encore une fois ce souci de protéger le porteur de bonne foi. Cela ne devrait qu'augmenter la circulation de l'effet de commerce international.

### 1.3.2 Les mentions que la convention CNUDCI permet d'apposer sur un effet incomplet

Certaines mentions apparaissant sur un effet de commerce international agissent à titre de règle de conflit de loi. Pour cette raison, elles ne peuvent recevoir un traitement semblable aux autres mentions. Ainsi, le paragraphe premier de l'article 12 dispose que certains éléments doivent

63. R. ROBLOT, *op. cit.*, note 69, p. 127; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 129.

64. Convention CNUDCI, art. 12 (2); B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 37, 289.

65. Convention CNUDCI, art. 12 (2).

être présents sur l'effet lors de l'émission pour que celui-ci soit considéré comme un effet « complétable<sup>66</sup> ». Il s'agit de la « formule magique » prévue dans l'article premier déterminant le caractère international de l'effet, et de la signature du tireur ou du tiré dans le cas de la lettre de change de même que de la signature du tireur dans le cas du billet<sup>67</sup>.

Néanmoins, la nouvelle convention ne prévoit pas les conséquences de l'apposition de ces mentions ultérieurement à l'émission du titre. Il faut, selon nous, distinguer le cas où ces mentions sont apposées avec le consentement de l'émetteur du cas où elles ne le sont pas. On peut argumenter, dans le premier cas, qu'il n'est pas dans l'intention de la convention CNUDCI de supplanter les règles nationales concernant le mandat. C'est la solution qui prévaut, notamment en droit français, qui, lui aussi, exige que la dénomination de l'effet de commerce figure dans l'écrit dès l'émission<sup>68</sup>. Ainsi, un tel ajout aurait pour conséquence de régulariser l'effet à l'égard de toutes les parties.

Dans le cas contraire où la dénomination prévue dans l'article premier est apposée sans l'accord de l'émetteur, deux positions peuvent être défendues à notre sens. Tout d'abord, on peut alléguer que dès que les mentions prévues dans l'article premier apparaissent sur l'effet, peu importe le moment où elles sont apposées, il est nécessaire de donner à l'effet les droits que lui accorde la convention CNUDCI afin de rehausser la sécurité des transactions internationales. Le formalisme cambiaire étant destiné à protéger les tiers, ceux-ci doivent pouvoir se fier à la régularité du titre. En vertu de la LCC, le document signé par une personne qui n'avait pas l'intention de s'obliger sur un effet de commerce et qui est plus tard régularisé peut quand même créer un détenteur régulier. Puisqu'on peut présumer que celui qui n'appose pas la formule déterminant le caractère international de l'effet de commerce n'a pas l'intention de voir s'appliquer la convention CNUDCI, on pourrait, par analogie, appliquer le même raisonnement. Le paragraphe premier de l'article 12 ne serait alors que la conséquence d'une rédaction boiteuse. Ainsi, les conséquences d'un tel ajout devraient être régies par le paragraphe 2 de l'article 12.

---

66. B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 37, 290.

67. Dans le cas de la lettre de change, mentionnons le paragraphe premier de l'article 42 de la convention CNUDCI qui permet l'acceptation par le tiré avant que la lettre soit signée par le tireur ou complète à d'autres égards. La convention CNUDCI valide donc une pratique parfois utilisée par les tireurs afin de se protéger contre le risque de perte de l'effet (par la poste par exemple). Ce genre de précaution prend toute son importance dans les pays de la CGLU en raison de l'absence de règle rendant « ineffetif » un effet contenant un endossement faux ; B. CRAWFORD, « *Montage v. Irvani* : Conflicts or Harmonization of Laws ? », (1992) 7 *Banking and Finance Law Review* 85, 100.

68. Com., 22 novembre 1977, *Bull.*, IV, n° 274.

Par ailleurs, et c'est notre opinion, on peut considérer cette dernière disposition comme établissant une règle de conflit de lois. Par conséquent, un instrument qui, lors de l'émission, ne contiendrait pas ces éléments ne serait pas un instrument incomplet au sens de la convention CNUDCI ; il serait plutôt un instrument auquel elle ne s'applique tout simplement pas puisque aucune intention de l'émetteur d'être lié par la convention CNUDCI n'a été manifestée. La lettre de l'article 12 serait ainsi respectée. D'ailleurs, selon ce raisonnement, ni l'article 12 ni aucune autre disposition de la convention CNUDCI ne pourraient justifier son application, puisque, dans son ensemble, elle ne serait pas applicable. Il faudrait plutôt voir alors si l'effet de commerce peut être valable selon le droit national applicable.

#### **1.4 Les autres conditions propres au système de common law**

Le droit cambiaire anglo-saxon, à la différence du droit civil, exige deux conditions supplémentaires pour que le détenteur soit régulier. Ce dernier doit donner une valeur en échange de l'effet de commerce et doit en faire l'acquisition avant l'échéance sans avoir été avisé d'un précédent refus.

##### **1.4.1 La considération**

Il est assez rare que l'acquisition d'un effet de commerce international se fasse sans qu'une valeur soit donnée en échange de l'instrument<sup>69</sup>. Néanmoins, l'exigence d'une valeur peut avoir des conséquences sur les droits du porteur lorsque celui-ci est une banque réclamant le paiement pour son client. Il devient alors nécessaire de déterminer si la banque agit comme mandataire du client pour le paiement, auquel cas elle n'a pas donné considération, ou si la banque a escompté l'effet de commerce ou, encore, si la banque détient l'instrument comme gage. Aussi, les relations parfois complexes entre une banque et son client obligent à des enquêtes pour savoir si les montants d'argent avancés par la banque au client l'ont été en considération de l'effet de commerce ou suivant d'autres accords. La condition relative à l'exigence d'une considération n'est donc pas totalement dénuée d'intérêt.

Le système de common law prévoit que le porteur doit donner valeur lors de l'acquisition de la lettre de change pour devenir détenteur régulier<sup>70</sup>. Il s'agit en fait de la codification de la théorie contractuelle qui veut qu'un

---

69. J. DOHM, « Draft Uniform Law on International Bills of Exchange and International Promissory Notes », (1973) 21 *American Journal of Comparative Law* 474, 496.

70. LLC, art. 55 ; BEA, section 29 (1) (b) ; UCC, section 3-302 (a) (2) (i).

accord entre des parties comporte une considération<sup>71</sup>. Celle-ci est définie traditionnellement comme « un droit, un intérêt, un profit ou un bénéfice conféré à l'une des parties ou bien une interdiction, moins-value, perte ou responsabilité imposée, soufferte ou assumée par l'autre partie »<sup>72</sup>.

La convention CNUDCI, à l'instar de la CGLU, ne subordonne pas l'acquisition du statut de porteur protégé à une valeur donnée en contrepartie de l'effet de commerce. Les civilistes estiment que l'existence ou non d'une contrepartie en échange de l'effet de commerce ne concerne que les relations fondamentales entre les parties immédiates. Le caractère abstrait de l'effet de commerce fait en sorte que ce dernier doit être indépendant de ses relations.

C'est surtout dans un souci d'unification cependant que cette solution a été retenue dans la convention CNUDCI, à cause particulièrement des différentes interprétations que l'on prête aux notions de *value*, « cause » ou « considération » dans les systèmes de common law<sup>73</sup>. L'abandon de cette règle dans la convention CNUDCI ne modifie pas l'état du droit concernant les relations contractuelles entre les parties immédiates. L'exigence d'une réciprocité des obligations étant appréciée également selon le droit commun des contrats<sup>74</sup>, l'absence d'une considération ou d'une cause pourra être opposée entre parties immédiates selon le droit national applicable.

#### 1.4.2 La négociation avant l'échéance et sans avis d'un précédent refus

Le droit cambiaire des pays anglo-saxons et la CGLU prévoient une échéance avant laquelle l'effet de commerce doit être présenté au paiement. En vertu de chacun des systèmes, le défaut de présentation avant l'échéance et le refus n'invalident pas l'effet de commerce et n'interdisent pas sa circulation. Malgré ces ressemblances, les deux systèmes attachent des conséquences très différentes à ces événements.

Au regard des lois du système anglo-saxon, celui qui prend un instrument négociable en souffrance ou qui, lors de l'acquisition de l'instrument, a connaissance qu'il a été refusé à l'acceptation ou au paiement ne peut être détenteur régulier<sup>75</sup>. Ainsi, le détenteur qui a donné valeur peut réclamer le

71. Le UCC fait exception toutefois en distinguant *value* et *consideration*; UCC, section 3-303. Voir aussi P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 171 et suiv. Le droit des effets de commerce émis au Québec connaît ses particularités également en admettant la notion civile de cause, contrairement au droit des autres provinces; voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 224 et suiv.; et D. FELDER, *op. cit.*, note 7, p. 55 et suiv.

72. *Currie c. Misa* (1875) L.R. 10 Ex. 153, 162.

73. Document des Nations Unies, A/CN.9/213.

74. M.L. COHEN, « Similarities in American and European Negotiable Instruments Law », (1967) 84 *Banking Law Journal* 981, 995.

75. LLC, art. 55 (1) (a); BEA, section 29 (1) (a); UCC, section 3-302 (a) (2).

paiement des parties qui n'ont pas été libérées, mais il peut se faire opposer les vices de titre<sup>76</sup>. L'endossement du titre après l'échéance mais avant la confection du protêt ou l'expiration du délai fixé pour dresser protêt n'empêche pas le porteur d'un effet régi par la CGLU d'être porteur protégé<sup>77</sup>. La simple connaissance que l'effet a subi un refus a les mêmes conséquences<sup>78</sup>.

La convention CNUDCI suit l'exemple du système anglo-saxon et, ainsi, l'acquisition du statut de porteur protégé d'un effet de commerce international est subordonnée à l'ignorance d'un refus et à l'acquisition du titre avant l'échéance (art. 29 (c) et (d)). Il est assez rare que le possesseur d'un titre cambiaire préfère attendre avant de réclamer ce qui lui est dû, particulièrement dans le commerce international où les opérateurs sont des professionnels. Par conséquent, on considère que l'instrument qui circule après sa maturité ou après avoir subi un refus devrait éveiller des soupçons chez l'endossataire à qui on veut négocier l'instrument sur la légitimité des rapports entre les parties antérieures. En fait, selon nous, cette exigence n'est qu'une application de l'exigence selon laquelle le porteur doit être de bonne foi.

### 1.5 Le compromis : le renforcement du statut du porteur

De la précédente analyse, il ressort que le détenteur régulier doit réunir des conditions plus nombreuses et plus strictes que celles du porteur légitime pour bénéficier d'une protection comparable. La terminologie et la structure des règles adoptées dans la nouvelle convention s'apparentent sensiblement à celles qui sont en vigueur dans les pays anglo-saxons. Cette ressemblance entre la nouvelle convention et le système de common law n'est pas sans créer une certaine appréhension chez les représentants des pays du continent envers la convention CNUDCI, ces derniers alléguant que le statut de porteur protégé est trop difficile à obtenir et que l'approche retenue est trop technique et complexe à appliquer<sup>79</sup>. Il faut le dire, la rédaction d'une demi-douzaine de dispositions dans la nouvelle convention associée à l'utilisation de la technique du renvoi pour déterminer le porteur qui est protégé rend ladite convention complexe et peut déconcerter celui

---

76. Cf., sur les défauts de titre, N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28 p. 286 ; M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, p. 320. En droit américain, le détenteur peut se faire opposer les défenses personnelles également ; M.L. COHEN, *loc. cit.*, note 74, 992.

77. CGLU, art. 20 ; R. ROBLOT, *op. cit.*, note 69, p. 230 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 14, p. 158.

78. R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 230.

79. W.C. VIS, *loc. cit.*, note 43, 512.

qui n'est pas initié. Selon nous, néanmoins, la simplicité des conditions prévues par les articles 16 et 17 de la CGLU n'est qu'apparente. Les nombreuses interprétations données aux termes « n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » démontrent l'imprécision de cette formule.

Par ailleurs, si en théorie la convention CNUDCI semble plus restrictive que la CGLU, en pratique le résultat des règles adoptées dans la nouvelle convention se rapproche beaucoup de celui de la CGLU<sup>80</sup>. L'exemple le plus significatif démontrant nos propos a trait à l'exigence commune de la bonne foi et à la définition qui lui est prêtée. Nonobstant une divergence majeure de concepts, la jurisprudence des pays de la CGLU sur l'interprétation de l'exigence que le porteur « n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » se compare facilement à la non-connaissance d'un vice de la convention CNUDCI.

Également, afin de faciliter l'obtention du statut de porteur protégé, signalons quelques initiatives importantes prises par le groupe de travail, dont l'abandon, dans la nouvelle convention, de la nécessité que le porteur donne valeur. Aussi, la convention CNUDCI prévoit, à l'instar du régime anglo-saxon, le *shelter rule* qui accorde la protection cambiaire à celui qui acquiert un instrument détenu antérieurement par un porteur protégé (art. 31 (1)). Cette règle permet donc à un porteur qui avait la connaissance d'une exception ou à qui il manque une autre condition pour être considéré comme de bonne foi d'exercer tous les droits appartenant au porteur protégé. Cette règle entraîne aussi l'augmentation de la circulation du titre, et cela, bien au-delà de ce qui est reconnu par le droit cambiaire européen. De plus, le statut du porteur est encore renforcé dans la convention CNUDCI par la présomption que le porteur est protégé (art. 32). Encore une fois, la nouvelle convention s'inspire du régime anglo-saxon où une solution identique est retenue. Contrairement à ce régime, toutefois, la convention CNUDCI ne prévoit pas que la présomption tombe lorsque le débiteur établit l'existence d'une exception, ce qui consolide encore plus le statut du porteur.

## 2. Le principe de l'inopposabilité des exceptions

Autant le système de common law que celui de la CGLU reconnaît le principe de l'inopposabilité des exceptions qui apparaît comme le pilier de tout le droit relatif aux effets négociables<sup>81</sup>. Ce principe se traduit par la consolidation de la position juridique du porteur qui, à la suite de l'endossement, acquiert l'effet libre des vices qui affectaient les porteurs antérieurs.

80. P. BLOCH, *loc. cit.*, note 39, 784.

81. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 205.



A cause de la conception plus ou moins abstraite de l'effet de commerce qui y est retenue, ce principe n'est cependant pas appliqué avec la même étendue dans chacun des systèmes. Nous examinerons dans les prochaines lignes les réserves au principe en employant la distinction, utilisée dans les deux systèmes, entre défenses personnelles (section 2.1) et défenses réelles (section 2.2).

## 2.1 Les défenses personnelles

### 2.1.1 La règle : l'inopposabilité des moyens de défense

L'assurance du porteur de bonne foi d'un effet de commerce d'être payé à l'échéance est anéantie si les exceptions fondées sur les rapports personnels entre les débiteurs qui le précèdent peuvent lui être opposées. Pour cette raison, certaines exceptions sont paralysées par les conséquences du principe de l'inopposabilité des exceptions. Ce sont les défenses personnelles que l'on peut définir comme « celles qui ne prennent pas leur source ou qui ne visent pas le titre du détenteur dans l'effet, mais qui sont fondées sur les rapports de droit civil existants entre les parties<sup>82</sup> ». On peut penser, par exemple, à l'exécution partielle ou la mauvaise exécution du contrat, à la compensation ou à l'absence de considération.

Le principe selon lequel le porteur de bonne foi est libéré des moyens de défenses personnelles que pouvaient faire valoir les parties antérieures entre elles est commun aux deux systèmes<sup>83</sup>. Les exceptions fondées sur des circonstances non révélées par le titre sont donc inopposables au porteur de bonne foi<sup>84</sup>. C'est la teneur littérale du titre qui détermine et limite les droits du porteur et ce dernier n'a pas à effectuer de recherches au-delà du titre. Une exception importante à cette règle existe cependant aux États-Unis. La section 3-117 du UCC dispose que les droits du détenteur régulier peuvent être touchés par les limitations résultant d'un accord écrit séparé intervenu entre les signataires antérieurs si le détenteur avait connaissance de cet accord lorsqu'il a acquis le titre<sup>85</sup>.

Considérant l'universalité du principe de l'inopposabilité des exceptions personnelles et de son caractère fondamental, la consécration de ce dernier à l'intérieur de la convention CNUDCI était incontestable. Par un souci de clarté, la nouvelle convention procède en énumérant de façon

---

82. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 286.

83. LLC, art. 73 (b); BEA, section 38 (2); UCC, sections 3-305 et 3-306; CGLU, art. 17.

84. G. FRIEDEL, *op. cit.*, note 44, p. 139.

85. Afin de pallier cette dérogation de la conception abstraite de l'obligation cambiaire, la pratique commerciale a élaboré la clause « Isabel » souvent insérée dans les contrats internationaux ; voir P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 212 et suiv.

exhaustive les exceptions qui peuvent être opposées au porteur de bonne foi en spécifiant que ce sont les seules opposables (art. 3). Les exceptions traditionnellement qualifiées de personnelles par la doctrine et la jurisprudence de droit civil et de common law ne se retrouvent pas sur cette liste énumérative. Il faut en conclure que les exceptions que le débiteur déduit d'une obligation extracambiale ou du droit commun servant de support au titre ne sont pas opposables au porteur de bonne foi d'un effet de commerce international.

### 2.1.2 L'exception à la règle : les parties immédiates

En droit civil comme en droit de common law, le principe de l'inopposabilité des exceptions trouve ses limites dans les exceptions nées du chef du porteur lui-même<sup>86</sup>. Ce dernier ne peut se réfugier derrière son statut privilégié devant les parties avec qui il a traité directement. Le porteur de bonne foi peut donc se faire opposer, par une partie qui lui est immédiate, l'inexécution ou l'exécution partielle des engagements contractuels prévus en considération du transfert de l'effet de commerce. Cette règle découle de la lecture de la section 3-305 du UCC et de la lecture *a contrario* de l'article 73 (b) de la LCC et de la section 38 (2) du BEA<sup>87</sup>. Bien que la CGLU ne contienne aucune disposition sur le sujet, ce principe a été affirmé, en droit français notamment, par la Cour de cassation qui interprétait l'alinéa premier de l'article 128 du Code de commerce<sup>88</sup>. Le caractère abstrait de l'effet de commerce est même encore plus tempéré en droit français qu'en common law puisque les exceptions provenant des transactions autres que celle qui a donné lieu au transfert de l'instrument sont également opposables entre les parties immédiates selon le droit français<sup>89</sup>.

La convention CNUDCI a également opté pour la solution selon laquelle l'inopposabilité des exceptions ne concerne que les parties éloignées (art. 30 (1) (b)). Par ailleurs, en employant l'expression « opération sous-jacente » pour définir, parmi les transactions entre parties immédiates, celles qui sont opposables au porteur, la convention CNUDCI restreint l'opposabilité des exceptions personnelles aux seules opérations relatives

---

86. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 208.

87. Voir également en droit canadien *Desrosiers c. Diamond*, J.E. 83-1043 (C.P.) et *Enseignes Néon Otis Inc. c. Tremblay*, [1977] C.P. 373.

88. Req., 13 mai et 26 mai 1942, J.C.P.II.1935, note P. LESCOT ; D.C., 1943, 86 ; Com., 2 décembre 1974, D.1975.190. Cette disposition prévoit que, « [à] défaut de paiement, le porteur, même s'il est le tireur, a contre l'accepteur une action directe résultant de la lettre de change ».

89. P. BLOCH, *loc. cit.*, note 39, 791.

au transfert de l'effet de commerce<sup>90</sup>. Cette solution aboutit, encore une fois, à renforcer la position du porteur d'un instrument négociable.

## 2.2 Les défenses réelles

Les deux systèmes reconnaissent des impératifs supérieurs à la sécurité conférée par le titre. La protection du porteur de bonne foi va donc s'effacer devant la protection de ces intérêts. Il en résulte que certains vices ne sont pas purgés par la transmission du titre.

### 2.2.1 L'incapacité

Pour des considérations de politique sociale, des limitations à la capacité pour s'engager sur un instrument négociable sont reconnues sur le continent comme dans les pays anglo-saxons. Aussi, les conséquences attachées à la signature de l'effet par un incapable sont traitées de façon très similaires en vertu de chacun des systèmes. Tout d'abord, l'opposabilité de l'incapacité du signataire au porteur de bonne foi est commune aux deux systèmes<sup>91</sup>. En ce qui a trait à la définition de la capacité, les deux systèmes s'en remettent aux règles de droit commun applicables portant sur la capacité pour contracter<sup>92</sup>. La question relative aux conditions selon lesquelles les cas d'incapacité peuvent être invoqués est régie aussi par le droit commun, à l'exclusion des lois concernant les effets de commerce<sup>93</sup>.

Les deux systèmes se rejoignent également pour disposer que la nullité de l'obligation de l'incapable n'affecte pas les autres règles cambiaires. Ainsi, la signature de l'incapable n'a pas pour conséquence de rompre la chaîne des endossements. Ce moyen de défense est personnel à l'incapable et il ne permet pas aux autres signataires de se soustraire à leur engagement<sup>94</sup>. Toutes ces solutions sont consacrées dans la convention CNUDCI (art. 30 (1) (c)).

La question de savoir si une personne est habilitée à signer un effet de commerce international est donc régie à l'extérieur de ladite convention, généralement par le droit national du domicile du signataire ou par la loi du lieu où l'effet est signé, selon la règle de rattachement du for saisi. Alléguant

90. Convention CNUDCI, art. 30 (1) (b). Voir également Document de la CNUDCI, A/CN.9/147 et P. BLOCH, *loc. cit.*, note 39, 791.

91. LLC, art. 46; BEA, section 22; UCC, section 3-305 (b); *Code du commerce français*, art. 114 (2); N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 286; M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, p. 336.

92. LLC, art. 46; BEA, section 22 (1); UCC, section 3-305 (a) (1); CGLU, art. 7.

93. *Ibid.* Les législations sont toutefois très similaires et prévoient la minorité, les troubles mentaux et l'incapacité des personnes morales comme moyens de défense.

94. LLC, art. 47; BEA, section 22 (2); UCC, section 3-305 (c); CGLU, art. 7.

qu'il est difficile pour le porteur de vérifier la capacité de chaque signataire d'un effet de commerce international, certains auteurs prétendent qu'il aurait été préférable que la convention CNUDCI prenne position, et cela, d'une façon plus favorable au porteur<sup>95</sup>. Cette insécurité est d'autant plus sérieuse du fait de la divergence des règles de rattachement. Pour notre part, nous croyons que la convention CNUDCI se devait de s'en remettre aux droits nationaux sur ce point. La capacité est une question devant être régie par le droit commun et non par celui des effets de commerce. D'ailleurs, le droit relatif à la capacité pour s'engager sur un instrument négociable n'est pas uniforme dans les pays de la CGLU comme dans les pays anglo-saxons du type fédéral. Considérant que le besoin d'une uniformisation à ce niveau ne s'est jamais fait ressentir, on peut douter de l'utilité d'une telle uniformisation à l'intérieur de la convention CNUDCI. Par ailleurs, une unification du droit sur cette question aurait impliqué des règles sur la capacité différentes pour les effets de commerce internes, pour les effets de commerce internationaux et pour les autres contrats, ce qui aurait sûrement provoqué les réticences de plusieurs États envers l'adoption de la convention CNUDCI.

### 2.2.2 Les vices de consentement

Au regard de chacun des systèmes, comme pour la capacité, le consentement qui ne remplit pas les conditions requises est inapte à engager le signataire l'ayant exprimé. En raison du besoin d'assurer la sécurité du commerce juridique toutefois, ce ne sont pas tous les vices qui sont opposables au porteur de bonne foi. Aux intérêts du débiteur, il faut concilier ceux du porteur qui doit pouvoir se fier à la régularité apparente du titre.

L'absence totale de consentement, tout d'abord, est reconnue dans les deux systèmes en tant que défense opposable au porteur de bonne foi<sup>96</sup>. On pense ici, à titre d'exemple, à la signature obtenue sur un papier présenté comme un reçu et transformé frauduleusement par la suite en effet de commerce ou au signataire tenu de signer des documents dans une langue étrangère qu'il ne peut pas lire. Malgré plusieurs réticences exprimées par certains membres du groupe de travail, la convention CNUDCI aussi reconnaît la gravité de ce vice en disposant qu'il est opposable au porteur protégé (art. 30 (1) (c)). Comme le droit des deux systèmes, la nouvelle convention

95. Voir P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 218.

96. LLC, art. 30 (*a contrario*); BEA, section 20 (*a contrario*); UCC, section 3-305 (a) (1); *Code de commerce français*, art. 114, al. 2. Puisque la CGLU est silencieuse sur cette question, nous ne ferons, encore une fois, référence qu'au seul droit français pour démontrer la conception des pays de droit civil en ce qui a trait aux vices de consentement.

exige, pour que cette défense soit valable, que l'ignorance du signataire du fait qu'il s'engageait sur un effet de commerce ne soit pas due à une faute de sa part et que la signature soit obtenue par des méthodes frauduleuses.

Pour ce qui est des autres vices de consentement, tels le dol, l'erreur, la violence et les causes de nullité de l'obligation, la jurisprudence française dispose simplement qu'ils sont inopposables au porteur légitime<sup>97</sup>. Elle protège ainsi le porteur des vices qu'il n'a pu connaître<sup>98</sup>. En revanche, à cause de l'influence de la conception contractuelle traditionnelle sur les obligations cambiales, ces vices sont traités d'une façon plus nuancée selon le système de common law. La question en est une de gravité du vice. Ainsi, la fraude ou l'erreur qui équivaut à une absence totale de consentement et la violence irrésistible sont des moyens opposables au détenteur régulier, alors que la simple erreur, la contrainte et le dol constituent des défenses personnelles<sup>99</sup>. La violence irrésistible peut être illustrée par l'exemple de l'instrument signé avec un fusil sur la tempe. Au contraire, des menaces de poursuites judiciaires ne constituent qu'une contrainte.

En ce qui a trait à la considération illégale, la solution choisie par les pays de common law n'est pas uniforme. La LLC et le BEA, comme la CGLU, sanctionnent généralement la considération contraire à l'ordre public par la nullité relative et, par conséquent, inopposable au détenteur régulier<sup>100</sup>. Le UCC, pour sa part, opte pour une approche similaire à celle adoptée dans le cas de la capacité et laisse aux États le soin de décider si l'illégalité alléguée doit être sanctionnée par la nullité relative ou la nullité absolue<sup>101</sup>. Puisque la loi est bien souvent silencieuse sur la question, il revient aux juges de trancher sur l'opposabilité du moyen de défense au détenteur régulier. Cette distinction entre la nullité relative et la nullité absolue, par le large pouvoir discrétionnaire qu'elle laisse aux juges et par les différentes conceptions à travers le monde de ce qui peut être contraire à l'ordre public, entraîne beaucoup trop d'incertitude.

La convention CNUDCI se devait de supprimer cette disparité touchant les sanctions apportées au vice de consentement. Après avoir remanié le texte de la nouvelle convention à quelques reprises, le groupe de travail a finalement adopté un texte qui considère que tous les vices de

97. Civ., 25 mai 1894, S. 1894, 1, 453. Voir également R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 255.

98. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 223.

99. LLC, art. 55 (2); BEA, section 29 (2) et UCC, section 3-305 (a) (1) (ii) ainsi que le commentaire officiel s'y rapportant.

100. LLC, art. 55 (2) et 58; BEA, section 29 (2). Les tribunaux ont tout de même sanctionné le vice par la nullité absolue à quelques reprises; D. FELDER, *op. cit.*, note 7, p. 65 et suiv.

101. UCC, section 3-305 (a) (1) (ii).

consentement sont inopposables au porteur protégé (art. 30). Non seulement cette solution présente l'avantage d'uniformiser le droit des deux systèmes sur cette question, mais elle élimine également les appréhensions découlant de la subjectivité dans l'interprétation de ce qui doit être sanctionné par la nullité relative et la nullité absolue et, plus particulièrement, ce qui est considéré comme contraire à l'ordre public. Bien que ce renforcement du statut du porteur s'avère conforme aux nécessités de la sécurité cambiaire, il risque toutefois, selon notre opinion, d'irriter certains juges qui ont une conception étroite de l'ordre public. Ces derniers hésiteront peut-être à rendre opposable l'effet de commerce au signataire qui a contracté lors d'opérations abusives.

## 2.2.3 L'altération de l'effet de commerce

### 2.2.3.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes

L'altération de l'effet de commerce entraîne généralement une perte pour l'un des signataires, peu importe la solution juridique qui y est apportée. Les lois cambiaires des deux systèmes se rejoignent sur cette question.

Tout d'abord, les deux systèmes s'entendent pour n'accorder de conséquences juridiques qu'à l'altération essentielle — celle qui modifie l'engagement d'un signataire<sup>102</sup>. Les altérations essentielles concernent généralement le montant ou la date. À titre d'exemple d'altération non essentielle, on peut penser à la correction d'une faute d'orthographe, à l'ajout du montant en lettres si seuls des chiffres étaient indiqués ou à l'ajout des termes « à vue » sur une lettre sans date de paiement.

Tout en employant des chemins différents, les deux systèmes ont des résultats très similaires pour ce qui est de l'attribution des risques de pertes. Le système de common law distingue entre l'altération apparente de celle qui ne l'est pas. L'altération essentielle apparente a pour conséquence d'annuler le titre<sup>103</sup>. Elle peut donc être opposée au détenteur régulier. Celui qui a procédé à l'altération, l'a autorisée ou qui a endossé postérieurement à l'altération ne peut, cependant, invoquer ce moyen de défense<sup>104</sup>. L'altération non apparente, quant à elle, n'affecte pas les droits du détenteur régulier s'il n'en avait pas connaissance, sauf contre les signataires antérieurs à l'altération qui ne sont tenus que selon la teneur originale<sup>105</sup>.

102. R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, p. 394; N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 307; UCC, section 3-407 (a).

103. LLC, art. 144; BEA, section 64; UCC, section 3-407 (b).

104. LLC, art. 132 et 144; BEA, section 64; UCC, section 3-407 (b).

105. *Ibid.*

Un schéma beaucoup plus simple régit les droits des parties dans les pays de droit civil en cas d'altération. C'est le principe de l'indépendance des signatures, qui a pour corollaire que chaque signataire est tenu selon la teneur du texte qu'il a signé qui s'applique<sup>106</sup>. Contrairement au système de common law, le statut du porteur, le caractère apparent ou non de l'altération, sa connaissance par le porteur n'ont donc aucune importance<sup>107</sup>. Néanmoins, comme dans le système de common law, celui qui prend l'effet à la suite de l'altération subit la perte.

### 2.2.3.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI

La convention CNUDCI adopte à son article 35 une solution identique à celle retenue par la CGLU en ce qui a trait à l'altération de l'effet de commerce. La position du porteur est encore une fois favorisée et la confiance dans l'effet de commerce, augmentée. Cette solution présente également l'avantage d'éviter les débats devant les tribunaux quant au caractère apparent de l'altération ou quant à la connaissance par le porteur de celle-ci. On peut cependant se questionner sur l'opportunité d'obliger au paiement les signataires qui ont été fraudés envers le porteur qui avait connaissance de cette tromperie. On peut prétendre que la convention CNUDCI manque une possibilité de décourager les fraudes. En effet, dans le cas où la loi sanctionne celui qui prend l'effet avec la connaissance de l'altération de ce dernier, les chances sont plus grandes que le fraudeur ne trouve personne à qui négocier l'effet. La solution adoptée par la convention CNUDCI n'a pas ce but préventif. La solution est toutefois équitable pour toutes les parties, les signataires antérieurs à l'altération n'étant obligés que dans la mesure du texte originaire. La perte, résultant de la différence entre le montant originaire et le montant après l'altération, repose plutôt sur celui qui a pris l'effet à la suite de l'altération<sup>108</sup>. Le principe selon lequel on doit connaître son endosseur prévaut donc comme dans le cas de la fausse signature<sup>109</sup>.

---

106. CGLU, art. 69.

107. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 14, p. 119; R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 250; N. REUTER, *loc. cit.*, note 34, 442; D. FELDER, *loc. cit.*, note 7, 63.

108. Nous considérons ici que les cas les plus fréquents d'altération concernent le montant stipulé sur l'effet. La convention CNUDCI ne traite que des obligations découlant de l'effet de commerce. Elle n'empêche pas la personne qui subit un préjudice du fait de l'altération de réclamer des dommages-intérêts à la personne responsable, selon le droit national applicable.

109. Document de la CNUDCI, A/CN.9/213.

## 2.2.4 La fausse signature et l'effet signé sans pouvoir

Comme pour l'altération, le cas de l'effet portant une fausse signature et celui de l'effet signé par une personne qui n'en a pas l'autorité impliquent toujours un risque de perte pour l'un des signataires. La question de savoir qui est la personne devant supporter ce risque est tranchée de manière fondamentalement différente par les deux systèmes<sup>110</sup>. En fait, cette contradiction a été à l'origine de la divergence la plus profonde lors des négociations relatives à la convention CNUDCI<sup>111</sup>. Les dispositions de la convention CNUDCI s'avèrent le résultat d'une grande ingéniosité afin de réconcilier les représentants de chacun des systèmes.

### 2.2.4.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes

#### *Les législations des pays anglo-saxons*<sup>112</sup>

Dans les pays de common law, les solutions prévues au problème relatif aux fausses signatures et à celui des signatures non autorisées sont des plus complexes. Soulignons immédiatement que, puisque les deux problèmes reçoivent un traitement identique<sup>113</sup>, nous ne ferons référence qu'à la fausse signature pour la commodité du texte. Par conséquent, à moins d'indication contraire, les observations faites relativement à la fausse signature pourront également être appliquées à la signature apposée sans pouvoir.

Tout d'abord, une fausse signature sur un effet à ordre est inefficace<sup>114</sup>. Seuls les cas où il y a ratification de la signature non autorisée<sup>115</sup> et les cas d'estoppel constituent des exceptions à ce principe<sup>116</sup>. Le faussaire n'a aucun droit sur l'effet de commerce et il ne peut en transmettre aux

110. M.O. HUDSON et A.H. FELLER, «The International Unification of Laws Concerning Bills of Exchange», 44 *Harvard Law Review* 333, 354.

111. Document de la CNUDCI, A/CN.9/213 ; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 527.

112. À la suite de la dernière révision du UCC, le droit américain déroge aux autres législations de common law sur plusieurs points en ce qui concerne les fausses signatures. Considérant l'ampleur de la tâche que constituerait l'étude du droit américain, nous devons en faire abstraction et limiter notre analyse aux conséquences juridiques de la fausse signature en droit canadien et anglais. Pour l'étude du droit américain, le lecteur peut consulter J.J. NORTON et S. WHITLEY, *Banking Law Manual: Legal Guide to Commercial Banks, Thrift Institutions and Credit Unions*, New York, M. Bender, 1983- (édition sur feuilles mobiles).

113. Voir le paragraphe 48 (1) de la LLC et la section 24 (1) du BEA.

114. LLC, art. 48 (1) ; BEA, section 24 (1). Soulignons que le faux endossement apposé sur une lettre payable au porteur n'invalide pas l'effet puisque la signature n'est pas nécessaire à la validité de la négociation d'un tel effet.

115. LLC, art. 48 (2) ; BEA, section 24 (2).

116. *Cf.*, en matière d'estoppel, B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 559-565 ; J.B. BYLES, *op. cit.*, note 20, p. 256-257.



acquéreurs ultérieurs. Par conséquent, puisque la signature contrefaite n'a pas valeur, le cessionnaire ne peut devenir un véritable porteur faute de négociation valable. Il s'ensuit que les droits de tous ceux qui acquièrent l'effet par la suite sont également touchés par la fausse signature. Aucun des signataires ayant signé avant l'endossement contrefait ne peut se faire opposer de droits découlant de la possession de l'effet. Il en va de même, à plus forte raison, pour celui dont la signature est imitée<sup>117</sup>.

Bien qu'il ne puisse exiger le paiement de l'instrument, le détenteur régulier possède un recours en garantie contre les signataires postérieurs à l'endossement faux<sup>118</sup>. Effectivement, les législations du système anglo-saxon prévoient que le cédant d'un effet de commerce garantit à son cessionnaire, et à tout détenteur si le cédant a transmis l'effet par endossement, que toutes les signatures antérieures sont authentiques ou autorisées<sup>119</sup>. Celui qui a utilisé la signature est également lié par l'effet<sup>120</sup>. Ce dernier, toutefois, est bien souvent insolvable ou simplement introuvable. Par conséquent, le premier preneur de l'effet suivant une telle signature supporte le risque soit parce qu'il ne peut exiger le paiement de l'effet, soit parce qu'il est responsable envers le ou les cessionnaires subséquents des dommages résultant de la fausse signature. Pour cette raison, il est de mise de dire selon ce régime « Connais ton endosseur ».

Cette maxime vaut également en cas de paiement à l'échéance par le tiré ou par le souscripteur au porteur. Une pluralité de recours est alors prévue pour faire reposer la perte sur celui qui a pris l'effet du faussaire. Tout d'abord, les législations du système de common law disposent que le paiement n'est pas libératoire parce que non effectué au porteur<sup>121</sup>. Les droits de la personne dépossédée sont protégés. Le bénéficiaire ou l'endossataire dont la signature a été contrefaite possède, suivant certaines conditions, un recours contre le tireur pour exiger une autre lettre ou un recours contre le tiré à l'extérieur de l'instrument<sup>122</sup>. Le tireur peut, selon certaines

117. LLC, art. 130; BEA, section 23. Cela est dit sous réserve des recours de droit commun contre celui qui aurait commis une faute en laissant croire, par exemple, que la fausse signature est la sienne; M. CARON et A. BOHÉMIER, *Précis de droit des effets de commerce*, 7<sup>e</sup> éd., Montréal, Beauchemin, 1978, p. 105; J.B. BYLES, *op. cit.*, note 20, p. 257.

118. Le porteur peut cependant exiger le paiement si la fausse signature est celle du tireur et si la lettre est acceptée; LLC, art. 128 (a); BEA, section 54 (2) (a).

119. LLC, art. 132 (b), BEA, section 55 (2) (b).

120. LLC, art. 131; BEA, section 23.

121. LLC, art. 48 (1); BEA, section 24. Voir toutefois l'article 60 du BEA.

122. Cf., sur les conditions préalables à l'exercice de tels recours, B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, pp. 1384-1398; I.F.G. BAXTER, *Law of Banking*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992, pp. 19-25; N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, pp. 243 et

conditions, demander au tiré de recréditer son compte<sup>123</sup>. Le tiré qui a effectué le paiement « de bonne foi et selon l'usage commercial normal » a un recours contre celui à qui il a fait le paiement et contre tout endosseur postérieur au faux<sup>124</sup>. Enfin, ce dernier peut exercer le même droit à l'égard d'un endosseur subséquent à l'endossement faux qui lui est antérieur pour remonter ainsi jusqu'à celui qui a pris l'effet du faussaire<sup>125</sup>. Par conséquent, c'est encore ce dernier qui, de façon générale, subit la perte.

### La CGLU

En posant le principe de l'indépendance des signatures, le droit prévu par la CGLU brille par sa simplicité. Il découle de ce principe que le porteur qui prend un effet comportant une série ininterrompue d'endossements a un titre valable et la fausse signature ne rompt pas la chaîne des endossements<sup>126</sup>. Cette règle se justifie par l'argument que le porteur doit pouvoir se fier à la régularité apparente du titre, peu importe les circonstances entourant l'acquisition du titre par les signataires antérieurs. Par ailleurs, il serait peu équitable de faire supporter au porteur une négligence qu'il n'a pas commise<sup>127</sup>. Le porteur peut donc, s'il n'a pas agi avec mauvaise foi ou grossière négligence, exercer tous les droits se rattachant au titre et, par conséquent, obliger les signataires au paiement<sup>128</sup>. Le possesseur est de mauvaise foi ou a agi avec une grossière négligence s'il savait ou aurait dû savoir que son endosseur n'était pas le véritable propriétaire<sup>129</sup>.

Contrairement au système de common law, dans le système de droit civil la fausse signature et celle non autorisée n'ont pas les mêmes conséquences pour son auteur. En effet, la fausse signature apposée sur un instrument régi par la CGLU n'engage pas son auteur. Cette règle, qui peut paraître étrange aux yeux des juristes de common law, se justifie par le principe cambiaire selon lequel celui dont le nom n'apparaît pas sur l'instrument ne peut être engagé par celui-ci<sup>130</sup>. En fait, la responsabilité du faussaire est déterminée par le droit civil et le droit pénal local<sup>131</sup>. Il découle de

---

suiv. ; W.C. VIS, « Forged Indorsements », (1979) 27 *American Journal of Comparative Law* 547, 549 ; M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, pp. 164-208.

123. W.C. VIS, *loc. cit.*, note 122, 559 ; N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 242.

124. LLC, art. 49 (1). En droit anglais : *Kelly c. Solari*, [1841] 9 M. & W. 54. Rappelons que le tiré ne possède pas de recours contre celui qui a pris de bonne foi et contre valeur si la signature du tireur est contrefaite.

125. LLC, art. 49 (2) ; BEA, section 55 (2).

126. CGLU, art. 16 et 7.

127. D. FELDER, *op. cit.*, note 7, p. 82.

128. CGLU, art. 16.

129. Toutefois, les endossataires ultérieurs seraient tout de même de bonne foi même si ceux-ci avaient connaissance de la contrefaçon ; W.C. VIS, *loc. cit.*, note 122, 552.

130. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 14, p. 120.

131. D. FELDER, *op. cit.*, note 7, p. 84.

ce même principe que la personne qui prétend poser sa signature personnelle pour un mandant sans en avoir le pouvoir est engagée par sa signature<sup>132</sup>. Il est nécessaire, pour que cette règle s'applique, que ce soit la signature du nom du prétendu représentant qui apparaisse sur l'effet et non celle du nom du prétendu représenté. Autrement, c'est la règle relative à la fausse signature qui reçoit application. Comme pour le système de common law, il va de soi dans ce cas que la personne dont la signature a été imitée n'est jamais tenue sur le plan cambiaire<sup>133</sup>.

Le paiement effectué au porteur sans faute lourde de la part du tiré est libératoire malgré la fausse signature<sup>134</sup>. Le tiré ou le souscripteur est en droit d'agir en se fiant à la propriété apparente de l'effet et il n'a pas à investiguer à savoir si le possesseur est le véritable propriétaire ou si toutes les signatures sont authentiques<sup>135</sup>. Le propriétaire dépossédé ne dispose que d'un recours contre l'auteur de la fausse signature, le plus souvent introuvable ou insolvable. Par conséquent, il subit la perte de façon générale.

#### 2.2.4.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI

##### *La validité de l'effet*

Avant d'examiner la façon dont la convention CNUDCI aborde le problème des fausses signatures, il est important de souligner que les règles prévues à l'intérieur de chacun des deux systèmes sont basées sur des principes commerciaux et de justice convaincants en ce qui concerne, notamment, la circulation de l'effet et la prévention de fraude<sup>136</sup>. De plus, l'expérience relative de chacun des systèmes démontre que chacun de ceux-ci s'est avéré efficace<sup>137</sup>, ce qui ne facilitait pas l'élaboration de règles uniformes pour réaliser un compromis acceptable aux yeux des représentants de chacun des systèmes.

132. CGLU, art. 8.

133. Comme en common law, cela est dit sous réserve des recours de droit commun contre celui qui aurait commis une faute; R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 391; P. LESCOT et R. ROBLOT, *op. cit.*, note 52, pp. 235 et 239.

134. CGLU, art. 40 (3).

135. W.C. VIS, *loc. cit.*, note 122, 551.

136. G. HERRMANN, « International Bills of Exchange and Promissory Notes : Legal Problems and Disparities Oversome by the Convention », dans Norbert HORN (dir.), *The Law of International Trade Finance*, Deventer, Kluwer and Taxation, 1989, p. 264. Soulignons que la solution proposée par le régime de common law primait également dans les systèmes de droit civil jusqu'au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle; W.C. VIS, *loc. cit.*, note 122, 550. L'unification à cette époque sur cette question aurait sans doute été plus facile.

137. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 264.

Afin de réconcilier les représentants des pays de common law et ceux des pays de droit civil, la convention CNUDCI adopte une solution qui s'inspire en partie des deux principaux systèmes et qui se révèle, selon nous, des plus ingénieuse<sup>138</sup>. Paradoxalement, les règles prévues par la nouvelle convention sont structurées de façon semblable à celles prévues par la CGLU, alors que le résultat — la personne qui supporte la perte — est le même que celui des pays de common law<sup>139</sup>.

La fausse signature est effective au regard de la convention CNUDCI. Elle n'empêche pas la circulation de l'effet et sa négociation permet à celui qui a la possession de l'instrument d'être porteur protégé et d'exercer les droits qui se rattachent à ce statut (art. 15 (1) (b)). Comme pour la CGLU, il faut seulement considérer s'il apparaît à la face de l'instrument une suite ininterrompue d'endossements. Il découle de la validité du titre que le souscripteur ou l'accepteur doit payer le porteur même s'il est avisé de la fausse signature, et le paiement effectué à l'échéance le décharge de son obligation<sup>140</sup>. En fait jusqu'ici, les effets juridiques de la convention CNUDCI sont les mêmes que ceux de la CGLU.

### *L'ajout d'un recours*

Le propriétaire dépossédé d'un effet de commerce international n'est pas sans recours, et c'est à ce sujet que l'on perçoit l'influence du droit des pays de common law. Effectivement, en plus du recours contre l'auteur de la contrefaçon, la convention CNUDCI prévoit que celui dont la signature a été forgée a un recours contre celui qui a pris l'effet du faussaire. Évidemment, le recours contre le faussaire est souvent inefficace<sup>141</sup>. Par conséquent, le recours sera plutôt dirigé contre celui qui a pris l'effet du

---

138. *Id.*, 263.

139. À l'instar du droit de common law, la convention CNUDCI traite du cas de la signature apposée sans pouvoir de façon identique au cas de la fausse signature ; voir les articles 25 et 26 de la convention CNUDCI. Aussi, comme pour la partie relative au droit de common law, nous ne ferons référence ici qu'à la fausse signature pour la commodité du texte.

140. Convention CNUDCI, art. 72 (1). Évidemment, comme dans les deux systèmes, le tiré n'a jamais l'obligation de payer. Si l'effet lui est présenté et qu'il refuse, les conséquences ne seront plus régies par les règles relatives à l'endossement faux ; elles le seront plutôt par les règles relatives au refus de paiement dans les articles 59 et suivants de la convention CNUDCI.

141. *Id.*, art. 25 (1) (a) et (b). Néanmoins, à la différence du droit des pays de droit civil, le recours prévu par la convention CNUDCI contre le faussaire est cambiaire. Ce recours est supérieur parce qu'il est plus facile et plus sûr que le recours de droit commun. Comme la CGLU et les lois des pays de common law, la convention CNUDCI prévoit que la personne dont la signature est contrefaite n'est pas obligée par l'effet ; convention CNUDCI, art. 36.

faussaire. Ainsi, la perte repose sur cette dernière personne, tout comme ce qui est prévu dans les pays de common law.

Dans le cas où l'auteur de la contrefaçon présente l'effet directement au souscripteur ou au tiré et que ce dernier paye, la convention CNUDCI prévoit que celui dont la signature a été forgée possède un recours contre la personne qui a payé l'effet (art. 25 (1) (c)). Ce recours n'est possible toutefois que si le tiré ou le souscripteur, lors du paiement, avait connaissance de la contrefaçon ou si son ignorance était due à de la mauvaise foi ou à un manque de diligence raisonnable. Il s'agit là d'une exception importante à la règle de common law selon laquelle celui qui prend l'effet du faussaire subit la perte puisqu'il est fréquent que, dans le cas d'un instrument international, le faussaire présente l'effet à la banque chargée du paiement<sup>142</sup>. Cette exception répond à des considérations pratiques en protégeant les banques de qui on ne peut raisonnablement exiger qu'elles connaissent l'identité de toutes les personnes avec qui elles font affaire<sup>143</sup>.

On peut se demander, par ailleurs, comment se justifie un tel recours contre le tiré qui n'a pas accepté, puisque ce dernier n'a jamais l'obligation de payer au départ<sup>144</sup>. Ce recours, qui a été ajouté lors des dernières négociations<sup>145</sup>, s'explique, à notre avis, par le fait qu'un tiré qui agit de cette façon doit nécessairement être de mauvaise foi. D'ailleurs, même en l'absence d'un tel recours, un résultat identique serait probablement atteint par un recours en responsabilité en vertu du droit commun national applicable. Par l'incorporation du recours dans la nouvelle convention, on a probablement voulu améliorer la position du propriétaire dépossédé en lui procurant un recours plus facile que celui de droit commun.

Soulignons également que le porteur qui a pris un effet de commerce international contenant une fausse signature sans avoir connaissance de celle-ci peut aussi, avant l'échéance, se retourner contre celui qui lui a transmis l'instrument. Effectivement, ce dernier garantit lors du transfert de l'effet, comme ce qui est prévu dans les pays anglo-saxons, que toutes les signatures apparaissant sur l'instrument sont authentiques<sup>146</sup>. Ce recours est redondant, selon nous, puisque le souscripteur ou l'accepteur a l'obliga-

---

142. Document des Nations Unies, A/CN.9/77.

143. J. ДОМ, *loc. cit.*, note 69, 493. Voir l'article 60 du BEA adopté pour des considérations similaires.

144. Convention CNUDCI, art. 40 (1).

145. En effet, l'article 23 (2) du projet en vigueur en 1982 prévoyait ceci : « La responsabilité d'un signataire ou du tiré qui paie, ou d'un endossataire pour encaissement qui encaisse, un effet dont l'endossement a été contrefait n'est pas régie par la présente Convention. » Document des Nations Unies, A/CN.9/213.

146. Convention CNUDCI, art. 45.

tion de payer le porteur à l'échéance malgré la contrefaçon. Peut-être ce recours saura-t-il rassurer le porteur craignant les risques de contestation de la part du payeur ou qui ne peut plus négocier le titre parce que la fausse signature dont il est entaché est notoire.

*Des considérations justifiant la solution adoptée dans la convention CNUDCI*

La convention CNUDCI consacre le principal avantage de la CGLU — l'assurance qu'a l'acquéreur de bonne foi de ne pas être touché par la fausse signature à moins qu'il n'ait pris l'effet du faussaire. L'abandon de la trop rigoureuse solution de common law au profit de la régularité purement formelle de la chaîne des endossements consolide la situation du porteur et favorise ainsi la circulation du titre cambiaire. L'endossataire qui n'a pas connaissance du « passé » de l'effet n'a pas à hésiter à en faire l'acquisition ; il a l'assurance que la simple apparence de validité des endossements antérieurs protège les droits qu'il a en tant que possesseur. Ainsi, la sécurité entourant l'effet de commerce se retrouve rehaussée, ce qui est d'autant plus nécessaire dans les relations internationales, considérant la méfiance qui règne dans ces transactions.

Le second avantage de la convention CNUDCI, et il est considérable, a trait au caractère définitif du paiement. Après celui-ci, il n'est plus nécessaire de vérifier l'authenticité de toutes les signatures et des droits de chacune des parties au titre. Les rapports juridiques entre les parties sont ainsi déterminés rapidement et de manière définitive. Il découle également de cette règle que le tiré n'a pas à effectuer d'investigations ni à refuser de payer toutes les fois qu'un doute s'élève sur la légitimité des transferts antérieurs. De tels refus, occasionnels dans le système de common law, placent le tireur dans une position difficile parce que sa réputation commerciale et financière s'en trouve ternie. Le tiré trouve son compte lui aussi dans la solution mise en avant par la convention CNUDCI puisqu'il peut payer sans s'exposer à d'éventuelles poursuites de la part du tireur.

Il découle du caractère définitif du paiement, et c'est là le troisième avantage que présente la convention CNUDCI, une économie de recours essentielle à la circulation du titre cambiaire. Conformément à l'article 25 de la nouvelle convention, un seul recours, dirigé contre le faussaire ou la personne qui a reçu l'effet de celui-ci, est nécessaire pour indemniser le propriétaire dépossédé. Cette solution nous semble de beaucoup supérieure à celle des pays de common law où plusieurs opérations ou recours sont requis pour imputer la perte à celui qui a pris l'effet du faussaire<sup>147</sup>. Par

147. En théorie, quatre recours sont possibles en vertu de la LLC et du BEA en cas de paiement d'une lettre de change par le tiré : 1) réimputation du crédit du tireur par le

ailleurs, lorsque l'instrument a été endossé à plusieurs reprises, il est probable que le détenteur régulier du système de common law qui n'a pas pris l'instrument du faussaire, même s'il ne subit pas la perte, ait tout de même à payer le coût relatif aux poursuites judiciaires. Pire encore, il peut arriver que son cédant n'ait plus la solvabilité requise pour le rembourser lors de la découverte de la fraude<sup>148</sup>. Par conséquent, ce porteur de bonne foi qui a été prudent peut subir la perte ou, tout au moins, des inconvénients considérables, ce qui nous semble inconcevable pour la circulation de l'effet de commerce.

Enfin, la consécration du principe de common law « Connais ton endosseur » et faire ainsi reposer la perte sur celui qui prend l'effet du faussaire nous paraît légitime. L'abandon de la solution de la CGLU se justifie par le fait que la personne qui prend l'effet du faussaire est la mieux placée pour éviter la fraude<sup>149</sup>. Il est vrai que la signature des personnes morales avec leurs représentants et le développement des signatures non manuscrites représentent, dans une certaine mesure, une difficulté pour les endossataires de se protéger contre une fausse signature<sup>150</sup>. Cette réalité ne constitue pas, toutefois, un empêchement à se prémunir contre ce type de fraude. L'exercice d'une diligence raisonnable, en plus des règles relatives au mandat apparent prévues par le droit commun de la plupart des pays de chacun des systèmes, devrait suffire à protéger le porteur de bonne foi. Ainsi, la convention CNUDCI aura un effet préventif ayant justement pour conséquence d'inciter les preneurs à être vigilants lors de négociations de titres cambiaires afin que soit réduit le nombre de fraudes.

Donc, en général, on peut affirmer que la convention CNUDCI a su retirer les avantages respectifs des régimes de la CGLU et des lois adoptées par les pays anglo-saxons. Elle a réussi, de plus, à élaborer un compromis qui devrait apparaître acceptable aux yeux des utilisateurs des deux systèmes cambiaires. Ceux des pays anglo-saxons devraient voir que le résultat prévu par leur législation et celui de la convention CNUDCI est le même : on impose la perte au premier preneur qui prend l'effet à la suite de la contrefaçon. Les civilistes, pour leur part, devraient reconnaître dans la nouvelle convention le régime qui leur est familier. De plus, l'unique distinc-

---

tiré ; 2) recours du tiré contre celui qui a reçu le paiement pour récupérer la somme payée ; 3) recours de celui qui a reçu le paiement contre les endosseurs précédents ; 4) recours du propriétaire dépossédé contre le tireur pour avoir une autre lettre.

148. On peut présumer que le tiré est généralement plus solide financièrement qu'un endosseur. Pour cette raison, le porteur d'un effet international a moins de chances de se retrouver les mains vides qu'un porteur d'un effet régi par une législation de common law en cas de fausse signature.

149. W.F. VON MARSCHALL, *loc. cit.*, note 5, 18.

150. P. BLOCH, *loc. cit.*, note 39, 786.

tion entre la convention CNUDCI et leur régime — le recours contre celui qui a pris l'effet du faussaire — est considérablement limitée dans ses conséquences par l'exigence de la connaissance par le tiré de la contrefaçon pour que ce dernier puisse être responsable du préjudice subi par le propriétaire dépossédé.

### 2.3 Le grand compromis : les défenses opposables au simple porteur

La liste des exceptions opposables au détenteur régulier est plus longue que celle des exceptions opposables au porteur légitime de la CGLU. La théorie de l'inopposabilité des exceptions a reçu une application plus grande dans le système de droit civil que dans celui de common law dont la perception de l'endossement se rapproche un peu plus de la cession de créance. Les conséquences juridiques accordées à la fausse signature en sont l'exemple le plus significatif.

Cette liste des exceptions opposables au porteur de bonne foi prévue par la convention CNUDCI, bien qu'elle soit plus longue que celle prévue par la CGLU, est tout de même beaucoup plus courte que celle des exceptions opposables au détenteur régulier. Selon notre opinion, le compromis sur ce point ne peut difficilement être plus en faveur des civilistes. Le seul point sur lequel ceux-ci auraient pu espérer un rapprochement des solutions adoptées par la convention CNUDCI à celles de la CGLU par un renforcement du statut du porteur demeure la question des conditions que doit remplir le porteur pour être de bonne foi.

En fait, afin de bien saisir le compromis sur cette question, il faut examiner la nouvelle convention dans une perspective plus large que celle des seules exigences nécessaires à l'obtention du statut de porteur protégé. Pour réaliser ce compromis, la convention CNUDCI procède par la création d'une deuxième classe de porteurs : le simple porteur. À première vue, cette approche ne semble être qu'une imitation de la dualité de détenteurs prévue par le système de common law<sup>151</sup>. Toutefois, l'examen des moyens de défense opposables au simple porteur démontre une approche personnelle des rapports entre le débiteur et le créancier, approche empruntée à la CGLU<sup>152</sup>. Ainsi, un signataire ne peut opposer au simple porteur que les

---

151. D'autre part, même si la dualité de porteur n'existe pas dans la CGLU comme dans le système de common law et comme dans la nouvelle convention, les porteurs de la CGLU sont, eux aussi, plus ou moins protégés selon qu'ils ont agi ou non au détriment du débiteur lors de l'acquisition du titre. Il était donc normal que la nouvelle convention établisse une distinction entre les porteurs selon le degré de protection auquel ils ont droit.

152. Le détenteur de common law qui n'est pas régulier peut se faire opposer toutes les actions et exceptions contractuelles, alors que le porteur qui n'est pas légitime ne peut



défenses qui, à la fois, lui appartiennent et sont à la connaissance du porteur<sup>153</sup>. Le nombre de défenses opposables au simple porteur étant ainsi assez limité, celui-ci acquiert un degré de protection plus que considérable dans la nouvelle convention. Par conséquent, cette difficulté, invoquée par les civilistes, attachée à l'obtention du statut de porteur protégé n'est pas un obstacle à la protection des droits d'un porteur d'un effet international<sup>154</sup>.

### Conclusion de la première partie

La volonté du groupe de travail d'élaborer des règles facilement acceptables et assimilables par les juristes des deux systèmes s'est heurtée à un obstacle de taille en ce qui a trait au statut du porteur d'un effet de commerce. Cette difficulté provient surtout du fait que, contrairement aux autres dispositions relatives aux instruments négociables, plusieurs de celles liées à la protection du porteur divergent en ce qui a trait aux concepts. Aux yeux des théoriciens, à cause de l'emprunt de la terminologie employée par le système anglo-saxon dans la nouvelle convention, les règles prévues par cette dernière peuvent sembler incompatibles avec celles prévues par la CGLU. Selon notre opinion, il s'avère néanmoins que, en pratique, le résultat obtenu par la convention CNUDCI est très proche de celui obtenu par la CGLU. La création du statut de simple porteur avec la limitation des exceptions qui lui sont opposables et la préférence pour le concept de « légitimation formelle » pour régler l'opposition entre les deux systèmes relativement au cas de contrefaçon d'endossements devraient renforcer le statut du porteur et réassurer ainsi tous les juristes continentaux.

Nous avons examiné la position du porteur d'un effet de commerce. La prochaine partie traitera de l'efficacité de l'effet de commerce en tant qu'instrument de financement.

### Seconde partie : L'effet de commerce comme instrument de crédit

Devant la prolifération de nouveaux instruments de paiement plus perfectionnés simplifiant davantage l'extinction des obligations pécuniaires, l'utilisation de l'effet de commerce a graduellement été restreinte surtout aux opérations de crédit<sup>155</sup>. Les lois de chacun des systèmes répondent assez bien à ce rôle attribué à l'effet de commerce. Ce dernier est même

---

se faire opposer les exceptions dont il n'avait pas connaissance; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 526.

153. Convention CNUDCI, art. 28 (1) (b), (c) et (2).

154. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 526.

155. O. CAPITANA, *loc. cit.*, note 6, 311.

reconnu comme étant « l'instrument essentiel du crédit moderne<sup>156</sup> ». Toutefois, afin de faire correspondre le droit aux nouvelles pratiques et de donner à l'effet de commerce international sa pleine vocation d'instrument de financement, un certain assouplissement du formalisme devenait primordial. La convention CNUDCI a répondu à ce besoin en autorisant une certaine liberté par la reconnaissance de clauses déjà répandues dans la pratique (section 1).

Celui qui recherche du crédit peut rencontrer certaines difficultés si la seule garantie qu'il peut offrir est sa promesse de remboursement apposée sur un effet de commerce. Aussi, les lois cambiaires de chacun des systèmes permettent de rehausser la sécurité du porteur d'être payé à l'échéance par l'engagement d'une partie sur le titre cambiaire qui agit à titre de garantie. La garantie est une institution utilisée fréquemment autant dans les pays de droit civil que dans les pays anglo-saxons<sup>157</sup>. Très différents cependant, les régimes de garantie de chacun des deux principaux systèmes ne sont pas toujours bien compris des juristes de l'autre système<sup>158</sup>. Le peu de littérature sur le sujet, et surtout le peu de littérature utilisant une approche comparative, explique ce phénomène. Le régime hybride de garantie que prévoit la nouvelle convention commande une compréhension de chacun des systèmes (section 2).

## 1. L'agencement de l'effet de commerce aux relations entre les parties

Dans chacun des systèmes considérés, comme dans la convention CNUDCI d'ailleurs, le titre cambiaire n'est valable que s'il mentionne un ordre ou une promesse de payer une somme certaine. Malgré l'universalité de ce principe, des solutions différentes ont été adoptées quant à savoir si l'insertion sur l'effet de commerce de clauses relatives à la stipulation d'intérêt, aux versements à échéances successives et à la détermination de la somme à payer en monnaie étrangère va à l'encontre de ce principe.

### 1.1 Les clauses stipulant un intérêt

Les titres cambiaires circulant dans le commerce international sont généralement à terme, laissant ainsi un sursis au débiteur pour payer.

156. R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 16.

157. Document des Nations Unies, A/43/405 ; M. JEANTIN, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1992, p. 187 ; R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 204.

158. B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 1621 ; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 530. Un bon exemple démontrant notre affirmation est René Roblot qui ne voit que l'endossement comme façon de procéder à une garantie dans le système de common law : R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 221.

L'octroi d'un tel délai lui permet de diriger les marchandises et le prix de vente alors encaissé est utilisé pour régler le paiement de l'effet de commerce à l'échéance. L'obligation de l'acheteur dans l'effet de commerce sera alors fonction non seulement de l'importance du contrat passé, mais elle dépendra aussi de la durée des délais qui lui sont consentis pour le paiement<sup>159</sup>. Se pose donc la question de savoir si l'insertion d'une clause sur l'effet de commerce stipulant le paiement d'intérêt va à l'encontre de l'exigence, commune aux deux systèmes, selon laquelle la somme à payer doit être déterminée. Une vive controverse oppose les deux systèmes cambiaires considérés à ce sujet.

### 1.1.1 La clause d'intérêt fixe

Le coût du financement étant toujours refilé au débiteur, la question qui se pose pour les praticiens ne concerne que la formulation de l'obligation de ce dernier. Le montant dû à titre d'intérêt peut-il faire l'objet d'une clause particulière ou doit-on calculer le montant des intérêts à l'avance et les inclure au principal ?

La CGLU, plus formelle, ne permet la stipulation d'intérêt que pour les effets payables à vue ou à délai de vue<sup>160</sup>. La clause stipulant le paiement d'intérêt sur tout autre effet de commerce est réputée non écrite<sup>161</sup>. On justifie cette solution par le principe que la somme à payer doit être connue immédiatement par la simple lecture de l'effet<sup>162</sup>. Du côté pratique, il est aussi allégué qu'une telle stipulation, par le calcul qu'elle nécessite, ralentirait la circulation du titre<sup>163</sup>. Par ailleurs, selon les civilistes, ce formalisme n'entrave pas la pratique commerciale puisqu'il suffit de déterminer à l'avance le montant des intérêts à échoir et d'ajouter ce montant au principal à payer ou encore de créer des effets de commerce distincts correspondant au montant des intérêts prévus dans le contrat et négociables à partir de chaque échéance.

Les législations des pays anglo-saxons, en revanche, reconnaissent la validité des clauses stipulant un intérêt<sup>164</sup>. Il suffit que la procédure prévue pour calculer les intérêts soit précise de façon que le porteur n'ait pas à se référer à des éléments extérieurs au titre pour en déterminer le montant<sup>165</sup>.

---

159. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 72.

160. CGLU, art. 5.

161. *Ibid.*

162. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 73.

163. *Ibid.*

164. LLC, art. 27 ; BEA, section 9 (1) (a) ; UCC, sections 3-104 (a) et 3-112 (b).

165. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 213 ; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 74.

L'opinion majoritaire des milieux bancaires et commerciaux émergeant des questionnaires établis par la CNUDCI favorisait la validité des clauses stipulant un intérêt<sup>166</sup>. Par conséquent, la convention CNUDCI tranche la controverse en disposant que la stipulation d'un intérêt ne rend pas la somme à payer indéterminée<sup>167</sup>. La nouvelle convention opte ainsi pour une souplesse qui s'avère particulièrement nécessaire au commerce international. A notre sens également, la clause d'intérêt ne constitue pas un obstacle à la connaissance par les signataires de l'obligation représentée par l'effet de commerce. Par ailleurs, puisqu'ils admettent déjà une solution identique pour les effets à demande et à délai de vue, les civilistes ne devraient pas avoir trop de difficulté à s'adapter à la nouvelle solution mise en avant par la convention CNUDCI.

### 1.1.2 Le taux variable ou le taux flottant

Le taux d'intérêt variable est celui qui, au lieu d'être fixé au moment de la rédaction de l'effet, pourra varier dans le temps suivant un taux de référence généralement fixé par une grande institution bancaire<sup>168</sup>. Il est utilisé surtout dans les prêts à long terme et permet ainsi aux parties d'ajuster le taux d'intérêt en fonction du taux en vigueur sur le marché des capitaux à court terme<sup>169</sup>.

À l'exception du UCC qui se veut plus libéral, autant les législations des pays anglo-saxons que la CGLU refusent la validité cambiaire des taux d'intérêt variable<sup>170</sup>. Cette solution s'appuie sur le principe selon lequel le porteur d'un titre cambiaire doit pouvoir connaître les droits qui en découlent sans devoir se référer à des éléments extérieurs<sup>171</sup>. En raison de la variation des marchés financiers et puisqu'elles permettent la structuration

---

166. Document des Nations Unies, A/CN.9/213; J. DOHM, *loc. cit.*, note 69, 483; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 271.

167. Convention CNUDCI, art. 7; la convention CNUDCI ne prévoit pas les conditions que doit remplir la clause stipulant un intérêt. On peut présumer qu'il sera suffisant que la clause permette de déterminer le montant dû à l'échéance.

168. Le London Interbank Offered Rate (LIBOR) est le plus fréquemment rencontré; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 77.

169. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 76.

170. UCC, section 3-112 (b); CGLU, art. 5; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 535; une certaine jurisprudence va dans le sens inverse en droit canadien: voir N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 213.

171. D'un point de vue pratique, un taux flottant entraînerait une incertitude quant au montant dû à l'échéance et pourrait ainsi porter préjudice au débiteur; Document de la CNUDCI, A/CN.9/273.

de prêts correspondant à ces variations<sup>172</sup>, l'usage de ce type de clauses est quand même amplement répandu en dépit de leur invalidité<sup>173</sup>.

Malgré les objections de plusieurs membres du groupe de travail, celui-ci a préféré la pratique à la théorie et a consacré l'usage des clauses d'intérêt variable dans la convention CNUDCI. En réponse aux inquiétudes manifestées par les opposants de cette clause, le groupe de travail a convenu que la stipulation d'une telle clause doit satisfaire à certaines conditions qui ont pour objet de protéger le débiteur. Ainsi, le mode de calcul du taux d'intérêt doit être indiqué sur l'effet et celui-ci doit varier par rapport à un ou plusieurs taux de référence (art. 8 (6)). Le taux auquel on se reporte doit être publié ou autrement accessible au public. De plus, la nouvelle convention prévoit que le taux ne doit pas pouvoir être modifié unilatéralement par le créancier de l'instrument au moment où celui-ci est tiré ou souscrit. Enfin, il est loisible aux parties de stipuler sur l'effet des balises auxquelles le taux ne peut devenir inférieur ni supérieur (art. 8 (7)).

Puisque la nouvelle réalité du financement international impose que les taux d'intérêt suivent le mouvement de la devise sur un marché financier donné<sup>174</sup>, l'utilisation de l'effet de commerce nécessite certaines dérogations au principe selon lequel les droits des parties doivent être déterminables à partir de ce qui est mentionné sur le titre. Par ailleurs, considérant que les parties qui utiliseront les instruments régis par la convention CNUDCI sont des professionnels, nous estimons que cet assouplissement du formalisme cambiaire est acceptable.

### 1.1.3 Les sanctions en cas de non-conformité de la clause stipulant un intérêt

La solution avancée par le système anglo-saxon consiste à invalider le document en tant qu'instrument négociable dans le cas d'invalidité de la clause stipulant un intérêt<sup>175</sup>. Le UCC toutefois, plus favorable aux droits du porteur, fait exception aux autres législations de common law en prévoyant que le taux légal du lieu de paiement devient alors applicable<sup>176</sup>. Au regard de l'article 5 de la CGLU, la non-conformité de la clause stipulant un intérêt n'affecte pas la validité de l'instrument, mais la clause est réputée non écrite et aucun intérêt n'est payable.

---

172. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 270.

173. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 535.

174. Document de la CNUDCI, A/CN.9/285.

175. N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 213.

176. UCC, section 3-112 (b).

La solution prévue par la LLC ou le BEA, trop draconienne, se devait d'être écartée dans la convention CNUDCI. Il est inadmissible qu'une contravention concernant une obligation secondaire anéantisse tous les droits du porteur. Une solution atténuant les conséquences de l'invalidité de la clause d'intérêt était d'autant plus nécessaire du fait que les clauses stipulant un taux d'intérêt variable, permises par la convention CNUDCI, sont toujours source d'insécurité. Ainsi, même rédigée valablement, la clause peut être inapplicable à cause de circonstances extérieures au titre. Le cas où le taux de référence n'est plus disponible posera sûrement des difficultés. Également, pour plusieurs raisons, les risques de contestation de la validité de ces clauses sont assez élevés. Effectivement, lorsque le bénéficiaire de l'instrument est une banque importante, il peut être avancé que celle-ci peut influencer les taux, surtout lorsque les banques dont les taux servent de référence sont situées dans le même pays que la banque bénéficiaire de l'effet. Des contestations peuvent naître également à savoir si le taux de référence est suffisamment public. Le cas des taux indiqués dans des documents disponibles sur demande en est un exemple.

Les membres du groupe de travail n'ont pas négligé ces difficultés et ont opté pour une solution identique à celle retenue par le UCC. Ainsi, la convention CNUDCI préserve la validité de l'instrument, même si la clause stipulant un intérêt n'est pas conforme aux conditions exigées par la convention. La nouvelle convention sanctionne le défaut dans la rédaction de la clause d'intérêt en prévoyant que le taux prévu devient le taux légal prévu par la loi nationale du territoire où l'effet est payable (art. 8 (8) et 70 (2)), ce qui nous semble équitable pour toutes les parties.

## **1.2 Les versements à échéances successives et la clause d'exigibilité anticipée**

### **1.2.1 Les versements à échéances successives**

Les paiements échelonnés sur une certaine période de temps entraînent une question semblable à celle posée en matière d'intérêts. Peut-on souscrire un seul effet de commerce représentant toutes les échéances fixées par les parties ou doit-on plutôt souscrire une pluralité d'effets de commerce ?

Les deux systèmes considérés s'accordent pour disposer que l'effet de commerce doit contenir l'indication d'une échéance, soit une date à laquelle la somme prévue doit être payée<sup>177</sup>. A défaut d'une échéance, la lettre est considérée comme payable à vue<sup>178</sup>. En vertu de la CGLU, toute autre

---

177. LLC, art. 16 (1); BEA, section 3 (1); UCC, 3-104; CGLU, art. 1.

178. LLC, art. 22 (1); BEA, section 10 (1); UCC, section 3-108 (a); CGLU, art. 2.

indication d'échéance rend le titre nul<sup>179</sup>. Le droit anglo-saxon, en revanche, est plus souple et permet que les effets de commerce soient payables à échéances successives<sup>180</sup>.

La pratique de souscrire un seul effet de commerce pour le montant total du crédit consenti et comportant l'indication de toutes les échéances pour lesquelles des paiements partiels et successifs devront être effectués est déjà fort répandue, et cela, même dans les pays régis par la CGLU où cette clause est interdite<sup>181</sup>. La circulation de tels instruments dans les pays européens, malgré la sanction que leur accorde la CGLU, s'explique par plusieurs facteurs. La création de pools bancaires internationaux subissant largement l'influence des banques américaines et le désir des entreprises européennes d'être concurrentielles sur le marché international associé à l'obligation de se plier aux exigences de l'acheteur étranger qui en découle en sont des exemples<sup>182</sup>. Généralement, ce genre de titre est souscrit dans le cadre de contrats de construction importants qui peuvent s'échelonner sur plusieurs années. Les échéances correspondent ainsi à l'exécution de prestations particulières prévues dans le contrat régissant les parties<sup>183</sup>.

Puisque la majorité des pays favorisaient l'admissibilité des paiements à échéance successive<sup>184</sup>, le groupe de travail a consacré cette pratique dans la convention CNUDCI (art. 7 (b)). Cette solution paraît particulièrement adaptée au commerce international où les montants impliqués sont généralement importants, d'où le prolongement de la durée des crédits consentis. Elle favorise une plus grande simplification en évitant au débiteur de souscrire une multitude d'effets de commerce ; en fait, il n'a qu'à en souscrire un seul. Souvent, la stipulation d'échéances successives est accompagnée d'une autre clause : la clause d'exigibilité anticipée.

### 1.2.2 La clause d'exigibilité anticipée

Les stipulations contractuelles en matière de financement traduisent la position de force du créancier. Diverses clauses visent sa protection en disposant du droit du créancier d'exiger le paiement immédiat en cas de survenance d'un événement dans la situation du débiteur susceptible d'influer sur le paiement à l'échéance. La question se pose alors de savoir s'il est possible de matérialiser ces échéances nouvelles sur le titre cambiaire.

179. CGLU, art. 33 (2).

180. LLC, art. 27 (1) (b) ; BEA, section 9 (1) (b) ; UCC, section 3-108 (b).

181. J. DOHM, *loc. cit.*, note 143, 483.

182. Les banques européennes ont toutefois mis au point des mesures de précaution pour pallier l'éventualité de contestation de tels effets ; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 86 et suiv.

183. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 83.

184. J. DOHM, *loc. cit.*, note 143, 483.

Une vive controverse oppose les deux systèmes à l'égard des clauses d'exigibilité anticipée.

### 1.2.2.1 La solution adoptée dans chacun des systèmes

La clause dans l'effet de commerce prévoyant que la survenance d'un événement susceptible d'affecter la capacité du débiteur de payer l'effet rend le paiement immédiatement exigible n'est pas reconnue en vertu de la CGLU (art. 33). Des arguments liés à la libre circulation et au caractère formel du titre sont invoqués pour justifier cette position<sup>185</sup>. Le porteur d'un effet contenant une telle clause doit se référer à des éléments extérieurs au titre pour connaître les droits qui découlent du titre cambiaire, ce qui paraît incompatible avec la nature même de l'effet de commerce. Néanmoins, la CGLU prévoit certaines circonstances qui, même en l'absence de stipulations particulières sur le titre, permettent justement au porteur d'exercer ses recours avant l'échéance :

- 1 S'il y a refus, total ou partiel, d'acceptation ;
- 2 Dans le cas de faillite du tiré, accepteur ou non, de cessation de paiements, même non constatée par un jugement, ou de saisie de ses biens demeurée infructueuse ;
- 3 Dans le cas de faillite du tireur d'une lettre non acceptable<sup>186</sup>.

Pour sa part, le droit des pays de common law démontre encore une fois une plus grande souplesse en reconnaissant, en plus des causes d'accélération de l'échéance prévues par la loi<sup>187</sup>, la clause de déchéance du bénéficiaire du terme<sup>188</sup>. Le droit américain va même plus loin en laissant aux parties la liberté de prévoir les circonstances permettant au porteur d'accélérer l'échéance et en leur permettant d'insérer ces clauses sur des titres autres que ceux à échéances successives<sup>189</sup>. Les circonstances rendant le paiement immédiat peuvent être énoncées sur l'effet lui-même ou dans tout autre accord indépendant auquel l'effet se réfère<sup>190</sup>. La seule limite à ce droit est l'exigence de bonne foi du porteur lors de l'exercice du droit prévu dans la clause<sup>191</sup>.

---

185. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 89.

186. CGLU, art. 43.

187. LLC, art. 78 (1) (a) ; BEA, section 41 (2) (a). L'UCC fait exception par rapport aux autres lois de common law en ne prévoyant pas de circonstances justifiant l'exigibilité anticipée.

188. LLC, art. 27 (1) (c) ; BEA, section 9 (1) (c).

189. UCC, section 3-108 (b) ; le défaut du débiteur dans la fourniture de garantie est souvent stipulé en tant que circonstance accélérant l'échéance ; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 90.

190. UCC, section 3-106 (b).

191. UCC, section 1-208.



### 1.2.2.2 La solution adoptée dans la convention CNUDCI

La nouvelle convention, quant à elle, dispose que l'exigence relative à ce que le montant soit déterminé est satisfaite même si l'effet stipule qu'à défaut de paiement d'un versement le solde restant à payer devient exigible<sup>192</sup>. Même si le groupe de travail s'est inspiré du droit anglo-saxon, soulignons que la convention CNUDCI ne va pas aussi loin que le droit américain qui permet de stipuler l'exigibilité immédiate non seulement en cas de défaut de paiement d'une échéance, mais pour toute autre cause également<sup>193</sup>. Dans la convention CNUDCI, au contraire, la clause d'accélération est accessoire à la clause d'échéances successives.

Plusieurs réserves avaient été exprimées envers les clauses d'exigibilité anticipée, et plus particulièrement celles qui rendent l'exigibilité immédiate pour des raisons autres que le défaut de paiement, au motif que ces clauses sont trop défavorables aux débiteurs<sup>194</sup>.

On craignait, entre autres, que les pays ayant besoin de capitaux étrangers n'adhèrent pas à la nouvelle convention. Par conséquent, à titre de compromis, la convention CNUDCI reconnaît les clauses d'exigibilité anticipée, mais elle écarte la formulation américaine qui laisse un degré considérable de discrétion au porteur.

La consécration des clauses d'accélération de l'échéance dans la convention CNUDCI se justifie une fois de plus par leur utilisation dans la pratique, et cela, même dans le cas des effets de commerce circulant dans les pays de droit civil où ces clauses sont interdites<sup>195</sup>. Ainsi, le fait de ne pas reconnaître les clauses de paiement anticipé dans la convention CNUDCI n'influerait pas sur la pratique et ne jouerait donc pas vraiment en faveur des pays ayant des dettes extérieures importantes. Ces clauses régiraient tout de même les relations entre débiteurs et créanciers. La convention CNUDCI ne fait qu'attribuer un caractère négociable aux documents com-

---

192. Convention CNUDCI, art. 7 (c). La convention CNUDCI reconnaît comme les autres lois relatives aux effets de commerce des circonstances accélérant l'échéance; convention CNUDCI, 54 (2) (a).

193. Le UCC emploie l'expression *any acceleration*.

194. R.F. BLOMQUIST, «The Proposed Uniform Law on International Bills of Exchange and Promissory Notes: A Discussion of Some Special and General Problems Reflected in the Form and Content, Choice of Law, and Judicial Interpretation of Articles», (1979) 9 *California Western International Law Journal* 30, 60.

195. J.A. SPANOGLE, «The U.N. Convention of International Bills and Notes (CIBN): A Primer for Attorneys and International Bankers», (1992) 25 *Uniform Commercial Code Law Journal* 99, 118. P. BLOCH, *loc. cit.*, note 39, 781. L'influence des banques américaines et le développement du risque des crédits bancaires explique l'utilisation de ces clauses dans les pays de droit civil; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 96.

portant une telle clause. Par ailleurs, le non-paiement d'une échéance suffit, selon nous, à créer une incertitude quant au paiement des autres échéances. Obliger le porteur à demeurer passif dans cette situation aurait pour conséquence de compromettre davantage ses chances d'être payé. En ce qui nous concerne, nous aurions même trouvé préférable que la convention CNUDCI s'inspire davantage du droit américain et reconnaisse les clauses prévoyant l'accélération de l'échéance pour des motifs autres que le non-paiement d'une échéance. Nous faisons référence, notamment, aux circonstances liées aux conditions politiques et économiques du pays de l'une des parties, circonstances particulièrement importantes dans une transaction internationale qui risquent de nuire à la sécurité du porteur de recevoir le paiement à l'échéance<sup>196</sup>.

### 1.3 Le choix de la monnaie

#### 1.3.1 Les effets de commerce libellés en monnaie étrangère

En l'absence d'une devise internationale, le développement des transactions débordant les frontières implique le choix d'une monnaie quantifiant l'obligation du débiteur. La crise du système monétaire international et les fluctuations monétaires font du choix de la monnaie un élément important lors des transactions internationales, et plus particulièrement celles dont le paiement s'échelonne à moyen et à long terme. En effet, lors de ce choix, les parties déterminent notamment laquelle d'entre elles devra supporter le risque de fluctuation des taux de change<sup>197</sup>. Il est donc important, afin de donner à l'effet de commerce sa vocation d'instrument de crédit, que les parties puissent ordonner le titre cambiaire conformément à leurs relations contractuelles.

Évidemment, la possibilité pour les parties de choisir la monnaie dans laquelle le titre sera libellé est liée à la reconnaissance, par le droit national applicable, des effets de commerce stipulés dans une monnaie étrangère. Il faut donc généralement se référer au droit régissant l'émission de l'effet selon les règles de rattachement du *for saisi*<sup>198</sup>. Sur ce point, les législations du système de common law et la CGLU sont analogues et reconnaissent la validité d'un effet de commerce libellé dans une monnaie autre que la

---

196. D'ailleurs, quelques auteurs de formation de droit civil trouvent regrettable que la clause d'accélération de l'échéance ne soit pas permise en droit français : P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 93.

197. Un nombre important de considérations supplémentaires peuvent présider lors du choix de la monnaie. Le risque de change demeure cependant la considération première ; A. GUEST, « Instruments Denominated in a Foreign Currency », (1979) 27 *American Journal of Comparative Law* 533, 533 ; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, pp. 65-67.

198. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 64.

monnaie locale<sup>199</sup>. La nature et les fonctions de l'effet de commerce justifient une telle solution.

La consécration de cette solution dans une convention portant loi uniforme est d'autant plus indispensable considérant que les parties à l'effet de commerce régi par cette loi proviendront d'États différents. Aussi, que ce soit pour répartir le risque de change, parce que l'acheteur étranger ne peut se lier que dans sa monnaie locale ou pour toute autre considération, il est fréquent que les effets de commerce soient libellés dans une monnaie n'ayant pas cours au lieu où l'effet est créé. Il va donc de soi que la convention CNUDCI également admette la validité d'un tel instrument<sup>200</sup>. Ainsi, la nouvelle convention correspond à l'évolution de la pratique commerciale et bancaire internationale. Afin de répartir le risque de fluctuation, les parties peuvent aussi choisir de stipuler que le paiement de l'effet de commerce doit se faire dans une monnaie autre que celle dans laquelle le titre est libellé.

### **1.3.2 La stipulation de paiement dans une monnaie autre que celle dans laquelle le titre est libellé**

#### **1.3.2.1 Les monnaies légales**

Certains effets de commerce stipulent que l'instrument doit être payé dans une monnaie déterminée différente de celle dans laquelle le montant du titre est exprimé. On distingue ainsi monnaie de compte et monnaie de paiement. Le choix de la première est généralement dicté par la stabilité d'une monnaie et celui de la seconde par la monnaie ayant cours au lieu de paiement. Les lois relatives aux effets de commerce des pays anglo-saxons et la CGLU reconnaissent la validité de telles clauses<sup>201</sup>.

La convention CNUDCI, de façon similaire aux autres législations cambiaires, dispose que « le tireur ou le souscripteur peuvent indiquer sur l'effet que le paiement doit être effectué dans une monnaie spécifiée autre que la monnaie dans laquelle l'effet est libellé » (art. 75 (3)). Aussi, la nouvelle convention consacre la pratique, reconnue dans les deux systèmes, qui consiste à indiquer sur le titre cambiaire le taux de conversion déterminant la somme à payer (art. 73 (3) (b)). En cas contraire, le taux de change en vigueur ou fixé conformément aux usages du lieu où l'effet doit être payé sera utilisé.

199. LLC, art. 27 (1) (d); BEA, section 9 (1) (d); UCC, section 3-107; CGLU, art. 41.

200. Convention CNUDCI, art. 75. Nous sommes tout de même d'opinion qu'une disposition d'une loi nationale qui ne reconnaît pas les effets libellés en monnaie étrangère aurait préséance sur la convention CNUDCI.

201. LLC, art. 27 (1) (d); BEA, section 9 (1) (d); UCC, section 3-107; CGLU, art. 41.

La question du taux applicable à un tel effet lorsque celui-ci a été refusé à l'acceptation ou au paiement a soulevé de nombreuses divergences parmi le groupe de travail<sup>202</sup>. Finalement, les membres se sont entendus sur un texte qui laisse au porteur la possibilité de choisir entre le taux en vigueur à la date du défaut et celui à la date du paiement effectif, à moins qu'un taux ne soit indiqué sur l'effet, lequel taux serait applicable dans un tel cas<sup>203</sup>. Cette solution préviendra les situations où le débiteur, de façon délibérée, retarde le paiement au motif qu'une dépréciation de l'une des monnaies au titre l'avantage à agir ainsi. D'ailleurs, la jurisprudence britannique et l'article 41 de la CGLU vont déjà dans ce sens<sup>204</sup>. Au surplus, la nouvelle convention prévoit aussi que des dommages-intérêts pourraient être accordés si ces mesures ne suffisaient pas à protéger de façon appropriée le porteur (art. 75 (4)). Le calcul des dommages attribués doit être effectué conformément au droit national applicable.

### 1.3.2.2 Les unités de compte multidevises

La possibilité de libeller le montant de l'effet dans une unité de compte multidevises, tels que les droits de tirages spéciaux du Fonds monétaire international, l'unité monétaire européenne de la Communauté économique européenne ou le rouble transférable de la Banque internationale de coopération économique, fait partie des innovations les plus importantes mises en avant par la nouvelle convention<sup>205</sup>. L'intérêt de ces unités de compte multidevises tient à la stabilisation de l'obligation représentée dans le titre cambiaire malgré la variation des marchés financiers<sup>206</sup>. L'unité de compte multidevises constitue le total de l'addition d'un pourcentage de toutes les monnaies qui la composent. Ainsi, les évolutions divergentes des monnaies se compensent pour arriver à une pondération des fluctuations.

L'utilisation des unités de compte multidevises dans les relations contractuelles est encore pour le moment bien timide, mais elle ne fait qu'augmenter<sup>207</sup>. Les interrogations quant à la validité de l'utilisation des unités de compte multidevises dans les effets de commerce expliquent en partie cette réalité. En fait, bien qu'elles n'interdisent pas explicitement leur utilisation, les législations des pays de common law et la CGLU supposent que le titre est libellé dans une monnaie qui agit comme mode de règlement, ce qui n'est

202. A.G. GUEST, *loc. cit.*, note 197, 540.

203. Convention CNUDCI, art. 75 (3) (c) et (d).

204. P. BLOCH, *loc. cit.*, note 39, 783.

205. Voir le paragraphe premier de l'article 5 qui définit le terme « monnaie » pour que celui-ci comprenne les unités monétaires de compte.

206. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 270.

207. Document des Nations Unies, A/CN.9/213 ; P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 70.

pas le cas des unités de compte multidevises<sup>208</sup>. Le UCC, cependant, se distingue des autres lois relatives aux effets de commerce et, à la suite de sa récente révision, a adopté une règle identique à celle prévue par la convention CNUDCI<sup>209</sup>.

Selon la nouvelle convention, à moins de stipulation au contraire, le transfert s'effectue en unités monétaires de compte si celles-ci sont transférables entre le débiteur et le créancier (art. 75 (2)). Dans le cas où les unités ne seraient pas transférables entre les parties intéressées et qu'aucune monnaie de paiement ne serait spécifiée sur l'instrument, le paiement doit s'effectuer dans la monnaie du lieu de paiement.

Nous ne voyons aucune raison pour laquelle la nouvelle convention ne reconnaîtrait pas les titres payables dans des unités monétaires de compte si les parties le souhaitent. Ainsi, la convention CNUDCI consacre à l'avance une pratique qui tend à se développer tout en demeurant à l'intérieur des principes devant guider le droit cambiaire.

### 1.3.3 Le paiement de l'effet libellé en monnaie étrangère

Même si les lois relatives aux effets de commerce reconnaissent les instruments libellés en monnaie étrangère, la pratique commerciale et bancaire internationale s'efforce, lorsque cela est possible, de faire coïncider la monnaie exprimée sur l'effet avec celle qui a cours au lieu de paiement<sup>210</sup>. Néanmoins, lorsque la monnaie dans laquelle le titre est libellé ne correspond pas à celle qui a cours au lieu de paiement se pose la question de savoir dans quelle monnaie l'effet de commerce doit effectivement être payé.

Autant les législations du système de common law que de celui de la CGLU permettent au débiteur de se libérer par le paiement en monnaie locale en l'absence de stipulation expresse de paiement effectif en monnaie étrangère<sup>211</sup>. La monnaie spécifiée sur l'effet ne devient donc qu'une monnaie de compte à laquelle on applique le taux de change stipulé sur le titre ou, à défaut, celui en vigueur dans le pays du paiement au jour de l'échéance.

---

208. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 70.

209. UCC, section 1-201 (24).

210. P. BLOCH, *op. cit.*, note 6, p. 65.

211. LLC, art. 162; UCC, section 3-107; CGLU, art. 41 (1); M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, p. 588; L.-J. DE LA DURANTAYE, M. BRIÈRE et L.-P. TASCHEREAU, *Traité des effets négociables*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1964, p. 222; N. L'HEUREUX, *op. cit.*, note 28, p. 214.

Après de longues discussions, les membres du groupe de travail ont adopté la règle inverse<sup>212</sup>. Les enquêtes effectuées auprès des institutions bancaires révélaient que le porteur d'un effet libellé dans une monnaie particulière s'attendait à recevoir le paiement dans cette monnaie<sup>213</sup>. Aussi, le choix d'une monnaie particulière est généralement un indice indiquant la volonté des parties d'attribuer le risque de change<sup>214</sup>. Par ailleurs, la règle prévue par la nouvelle convention simplifie la rédaction des effets de commerce en ce qu'elle n'exige pas des parties de stipuler une monnaie de compte et une monnaie de paiement afin de permettre au porteur de recevoir le paiement dans la monnaie stipulée lorsque celle-ci ne correspond pas à la devise ayant cours dans ce lieu.

La convention CNUDCI n'a pas pour effet, toutefois, de restreindre l'application des lois relatives au contrôle des changes (art. 76 (1)). Par conséquent, une disposition édictée par un État prévoyant que le paiement des instruments négociables doit s'effectuer dans la monnaie légale ayant cours au lieu de paiement aurait préséance sur l'article 75 (1) de la nouvelle convention. L'article 76 (1) de la convention CNUDCI s'inspire de la CGLU qui, elle aussi, permet aux États membres d'adopter une réserve selon laquelle, dans des circonstances exceptionnelles, la clause de paiement effectif n'a pas effet sur leur territoire<sup>215</sup>. Par cette disposition, la convention CNUDCI facilitera l'adhésion des États qui possèdent ou prévoient adopter des lois restrictives sur le contrôle de change.

## 2. La garantie

Outre l'obligation assumée par le tireur, le souscripteur, l'accepteur et l'endosseur d'un effet de commerce, les lois cambiaires des pays anglo-saxons et des pays de droit civil permettent aux parties de rehausser la sécurité du titre par l'ajout de l'engagement d'une partie supplémentaire : soit le donneur d'aval en vertu du premier régime, soit la partie par complaisance en vertu du second. Bien que la fonction économique de la partie par complaisance et celle de l'avaliste soient similaires, les droits et obligations qui leur sont imposés par leur système respectif divergent dans plusieurs cas. Dans un esprit de compromis, la convention CNUDCI permet à une personne de garantir le paiement de l'effet de commerce et, selon la formulation qu'elle utilise, d'assumer des obligations similaires imposées par la CGLU ou par les lois cambiaires des pays de common law.

---

212. Convention CNUDCI, art. 75 (1).

213. A.G. GUEST, *loc. cit.*, note 197, 535.

214. J. DOHM, *loc. cit.*, note 69, 509.

215. CGLU, annexe II, art. 7.216

## 2.1 La CGLU et l'aval

### 2.1.1 La nature de l'aval

Par l'institution de l'aval, le système de droit civil a élaboré un concept de garantie particulier aux effets de commerce et autonome par rapport aux lois relatives aux sûretés. Parce qu'il facilite la circulation rapide des instruments négociables<sup>216</sup>, l'aval est fréquemment utilisé<sup>217</sup>, et encore plus particulièrement avec l'émergence de la cession à forfait (*forfaiting*) où les lettres de change sont avalisées<sup>218</sup>. L'aval peut être défini comme l'engagement pris par une personne de payer un effet de commerce à l'échéance dans des conditions identiques à celles d'un autre signataire qui a précédemment apposé sa signature sur le titre<sup>219</sup>. Il est considéré comme un cautionnement solidaire de l'obligation de celui pour qui l'engagement est donné<sup>220</sup>.

En ce qui a trait aux conditions de forme, l'aval consiste en la signature de l'avaliste et une indication de son intention d'agir en tant que tel<sup>221</sup>. Néanmoins, l'absence d'indication de la capacité de l'avaliste n'invalide pas son engagement et la seule signature autre que celle du tiré ou du tireur apparaissant au recto de la lettre est réputée matérialiser un aval<sup>222</sup>. Il est aussi admis, si les pays ont fait cette réserve, que l'aval soit donné par acte séparé. Dans ce cas, l'indication du lieu où l'aval est intervenu, le montant des sommes garanties et la durée pour laquelle la garantie est consentie sont exigés<sup>223</sup>.

L'aval est toujours donné pour une personne en particulier. Puisqu'un tel engagement facilite l'acceptation par le tiré, généralement, l'avaliste garantit l'obligation du tireur<sup>224</sup>. D'ailleurs, en l'absence d'indication, l'aval est réputé donné pour le tireur. Toutefois, l'avaliste peut cautionner l'obli-

216. R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, p. 213.

217. *Id.*, p. 204.

218. Il est aussi fréquent que des organismes publics avalisent les lettres de change afin de faciliter certaines opérations de financement ou que les dirigeants d'une société avalisent les effets de la société; M. JEANTIN, *op. cit.*, note 157, p. 187; R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 69, p. 204.

219. R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, p. 204.

220. *Id.*, 205; M. JEANTIN, *op. cit.*, note 218, p. 187.

221. CGLU, art. 31 (2). Il n'existe aucune formule sacramentelle. Ainsi, les formules « bon pour garantie », « garantie solidaire », « bon pour caution » ou « bon pour cautionnement » ont été considérées comme des formules constituant un aval; R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, p. 208.

222. CGLU, art. 31 (3); M. JEANTIN, *op. cit.*, note 157, p. 190.

223. CGLU, annexe II, art. 4.

224. R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, p. 205.

gation d'un endosseur, du tiré accepteur ou même d'un autre donneur d'aval<sup>225</sup>.

### 2.1.2 Les moyens de défense appartenant à l'avaliseur

L'obligation du donneur d'aval a un caractère accessoire. Au regard de l'article 32 de la CGLU, « [l]e donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant ». Cette règle a pour corollaire que si l'obligation du signataire pour qui l'aval est donné est une partie principale (comme l'accepteur ou le souscripteur), l'obligation de l'avaliseur sera aussi une obligation principale, alors qu'elle serait une obligation secondaire si l'obligation du signataire pour qui l'aval était donné était une partie secondaire. Du côté pratique, cela détermine si l'avaliste peut alléguer l'inobservation des formalités relatives à la présentation et au défaut de paiement pour se décharger de son obligation<sup>226</sup>.

La règle posée par l'article 32 a aussi pour conséquence que l'avaliseur peut fonder ses moyens de défense sur ceux que le signataire dont il s'est porté garant pourrait invoquer. Ainsi, l'avaliste peut opposer à une partie immédiate à la partie pour qui l'aval est donné les exceptions personnelles tirées des relations entre ces parties et la prescription dont pourrait profiter le débiteur garanti<sup>227</sup>.

Là s'arrête le caractère accessoire de l'aval. Pour ce qui est du reste, la responsabilité du donneur de l'aval est indépendante de celle de la partie pour qui l'aval est donné. A cause de l'influence cambiaire de l'engagement du donneur d'aval, celui-ci est soumis au principe d'inopposabilité des exceptions et d'indépendance des signatures. Il en découle que l'engagement du donneur d'aval est valable, alors que même l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme<sup>228</sup>. À titre d'exemple, dans le cas d'une fausse signature, le donneur d'aval demeure lié même si ladite signature est celle de la personne pour qui l'aval est donné<sup>229</sup>. Le principe d'indépendance des signatures implique aussi que l'avaliste ne peut opposer le vice de consentement ni l'incapacité de la personne pour qui l'aval est donné<sup>230</sup>.

225. *Ibid.*

226. *Id.*, p. 214 ; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 532.

227. R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 215 ; M. JEANTIN, *op. cit.*, note 157, p. 191.

228. Ainsi, dans le cas d'une fausse signature, le donneur d'aval demeure lié même si la fausse signature est celle de la personne pour qui l'aval est donné ; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 533 ; R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 214.

229. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 533.

230. R. ROBLOT, *op. cit.*, note 63, p. 214.



Puisque la CGLU établit une liste exhaustive des moyens de défense appartenant à l'avaliseur, les moyens de défense examinés sont les seuls opposables<sup>231</sup>. Le nombre restreint qu'ils représentent explique l'attachement des créanciers à cette institution qu'est l'aval. En fait, selon plusieurs auteurs, la sécurité que comporte un effet portant un aval est la raison pour laquelle les lettres de change sont utilisées si fréquemment dans les opérations de financement à l'intérieur des pays régis par la CGLU<sup>232</sup>.

## 2.2 La garantie du système de common law

### 2.2.1 La nature du régime de garantie prévu par le système de common law

Le régime de garantie, tel qu'il a été élaboré par les pays de common law, est complexe et parfois difficile à comprendre. L'empiétement du droit relatif aux sûretés sur le droit cambiaire, les différentes qualités empruntées par la garantie et l'absence fréquente d'indication sur le titre de la partie qui agit à titre de garantie sont largement responsables de cette complexité<sup>233</sup>.

Celui qui veut garantir le paiement du titre cambiaire est désigné « partie par complaisance » (*accommodation party*) dans les pays anglo-saxons. Deux conditions sont préalables à l'acquisition de ce statut. Tout d'abord, la partie par complaisance ne doit pas avoir reçu une contrepartie en échange de l'instrument<sup>234</sup>. Ensuite, elle doit s'être engagée à la suite d'une entente avec le débiteur à ce que son engagement ne soit pris que dans le seul but d'aider ce dernier à obtenir du crédit<sup>235</sup>.

231. Document des Nations Unies, A/CN.9/ 288 ; G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 532. Il est tout de même arrivé que les tribunaux admettent des moyens de défense entraînant la libération de l'avaliseur qui sont propres aux sûretés. À titre d'exemple, la Cour de cassation française a décidé que l'avaliste est déchargé s'il établit qu'il n'a pu être subrogé dans les droits du porteur dans l'exercice du recours contre le débiteur garanti à la suite d'une faute du porteur ou en cas de prorogation d'échéance accordée par le porteur au débiteur.

232. B. CRAWFORD, *loc. cit.*, note 67, 92 ; R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, p. 242 ; M. JEANTIN, *op. cit.*, note 218, p. 187.

233. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 531. Évidemment, considérant l'ampleur d'une telle tâche, il n'est pas dans notre intention de faire une étude sur le droit des sûretés dans le cadre du présent texte ni de décrire tous les impacts que peut avoir le droit des sûretés sur celui des effets de commerce. Voir E.A. PETERS, « Suretyship under Article 3 of the Uniform Commercial Code », (1968) 77 *Yale Law Journal* 833-879.

234. LLC, art. 55 (1) ; BEA, section 28 (1) ; UCC section 3-419 (a). Il faut distinguer la valeur qui serait reçue en échange de l'instrument et celle reçue en échange de la signature. Ainsi, les commissions exigées par une banque pour l'acceptation d'une lettre de change ne lui font pas perdre son statut de partie par complaisance ; M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, p. 263.

235. LLC, art. 55 (1) ; BEA, section 28 (1) ; UCC section 3-419 (a).

Contrairement à celui de l'avaliste, l'engagement de la partie par complaisance ne garantit pas l'obligation d'un signataire particulier. La partie par complaisance doit plutôt s'engager comme tireur, accepteur ou endosseur et, lorsque aucune disposition relative à son statut de partie par complaisance ne s'y oppose, bénéficier des droits et assumer les obligations que la loi cambiaire applicable confère à ce statut. Concrètement, une personne qui veut en aider une autre à obtenir du crédit par le truchement d'un titre négociable et se qualifier comme partie par complaisance peut endosser l'instrument émis par le débiteur, signer comme tireur ou souscripteur d'un effet payable au débiteur qui sera négocié par la suite ou payable directement au créancier, endosser un instrument payable au porteur ou accepter un effet tiré sur elle<sup>236</sup>. Évidemment, ces diverses façons de s'engager pour la partie par complaisance ne facilitent pas une étude approfondie du régime de garantie de common law.

Malgré les différentes qualités empruntées par la partie par complaisance, celle-ci bénéficie toujours de privilèges attachés à ce statut, particulièrement si ce dernier est connu du porteur<sup>237</sup>. Par conséquent, de façon générale, la partie par complaisance indique qu'elle agit à ce titre. Néanmoins, elle a entière discrétion quant à l'indication ou non de son statut et il est possible qu'une partie qui apparaît comme tireur, accepteur ou endosseur invoque son statut de garantie seulement lorsque l'instrument lui est présenté pour paiement. Cette incertitude associée au fait que la preuve extrinsèque est permise pour démontrer le statut de la partie par complaisance et la nature des relations entre les parties est souvent source de contentieux<sup>238</sup>.

## 2.2.2 Les moyens de défense appartenant à la partie par complaisance

Alors que les règles relatives à la responsabilité de l'avaliste sont simplifiées par leur nombre restreint, les principes définissant les conditions selon lesquelles la partie par complaisance est déchargée sont un peu plus difficiles à établir. Cela est dû au fait que les règles relatives à la responsabilité de la partie par complaisance sont subordonnées à la qualité selon laquelle elle s'est engagé, au fait que le détenteur a donné valeur ou non contre l'effet, à la connaissance ou non par le détenteur de la complaisance et au caractère régulier ou non du détenteur.

Tout d'abord, puisque la partie par complaisance est signataire de l'effet comme endosseur, tireur ou accepteur, elle bénéficie des moyens de

236. B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 1626.

237. *Infra*, section 2.2.2.

238. M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, p. 264.

défense relatifs à cette qualité. De façon similaire au droit civil, ce statut détermine si la partie par complaisance peut alléguer l'inobservation des formalités relatives à la présentation et au défaut de paiement pour se décharger de son obligation<sup>239</sup>. Aussi, la partie par complaisance n'est engagée que contre les détenteurs pour valeur<sup>240</sup> : elle peut donc opposer l'absence de valeur donnée en contrepartie de l'effet à celui qui demande le paiement<sup>241</sup>.

La connaissance par le porteur que le signataire agit comme garantie procure à ce dernier des moyens de défense supplémentaires. Ainsi, à cause du caractère accessoire de l'engagement de la partie par complaisance, les moyens de défense que la partie pour qui la garantie est donnée aurait pu soulever, et qui sont relatifs à la transaction entre cette partie et le porteur, sont opposables à ce dernier<sup>242</sup>. Il en est de même des ententes entre la partie par complaisance et la partie pour qui la garantie est donnée si le porteur connaissait ces ententes<sup>243</sup>.

Selon des principes dérivés du droit des sûretés, certains événements ont pour conséquence de décharger la sûreté de son obligation. Certains de ces principes demeurent applicables quant à la responsabilité d'un signataire qui agit comme partie par complaisance dans le cas d'un instrument négociable. Ainsi, la partie par complaisance est déchargée si elle établit qu'elle n'a pu être subrogée dans les droits du porteur dans l'exercice du recours contre le débiteur garanti à la suite d'une faute du porteur ou en cas de prorogation d'échéance accordée par le porteur au débiteur<sup>244</sup>. Contrairement aux moyens de défense fondés sur les lois cambiaires toutefois, la partie par complaisance n'est déchargée que jusqu'à concurrence de la perte causée par la faute du porteur<sup>245</sup>.

Les moyens de défense examinés jusqu'à présent sont similaires à ceux qui appartiennent à l'avaliste. Toutefois, le système de common law adopte une approche complètement différente de celle retenue par la CGLU en cas de fausse signature ou d'incapacité de la personne garantie. Alors que la CGLU s'inspire du principe de l'indépendance des signatures dans de telles situations, les législations de common law subissent plutôt l'influence des règles relatives aux sûretés selon lesquelles la responsabilité de la garantie

239. B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 1634.

240. LLC, art. 55 (2); BEA section 28 (2); UCC section 3-419 (a).

241. B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 1629.

242. *Id.*, p. 1631.

243. *Id.*, p. 1630.

244. UCC, sections 3-605 et 3-606; B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 1633; M. CHALMERS et A.G. GUEST, *op. cit.*, note 20, p. 265.

245. B. CRAWFORD et J.D. FALCONBRIDGE, *op. cit.*, note 20, p. 1633.

est accessoire à celle de la personne pour qui la garantie est donnée. Ainsi, contrairement à l'avaliste, la partie par complaisance peut invoquer l'absence de capacité dont pourrait bénéficier la personne pour qui la garantie est donnée ou l'absence d'authenticité de sa signature<sup>246</sup>. Ce moyen de défense n'est opposable toutefois qu'au détenteur qui n'est pas régulier. Aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence, il n'y a aucune raison d'accorder une protection à la garantie au détriment du détenteur régulier puisque la garantie est la mieux placée pour connaître l'irrégularité et se protéger<sup>247</sup>.

À cause de cette distinction entre les deux systèmes concernant l'opposabilité des moyens de défense, il est affirmé que la partie par complaisance garantit la solvabilité de la personne dont elle s'est portée garante. L'avaliste, de son côté, outre qu'il supporte les risques liés à la solvabilité, assume ceux liés au pouvoir de s'engager et à l'authenticité de la signature de la personne garantie<sup>248</sup>.

## 2.3 Le régime de garantie prévu par la convention CNUDCI

### 2.3.1 Le compromis réalisé par la convention CNUDCI

Aussi surprenant que cela puisse paraître, ce n'est que vers la fin des négociations que des vues divergentes sont apparues relativement à la façon dont la convention CNUDCI devait traiter de la question des garanties<sup>249</sup>. En fait, jusqu'à ce moment, chacun pensait que le texte de la convention relatif à la garantie se référait à la partie par complaisance ou à l'avaliste prévu dans son propre droit national<sup>250</sup>. Les représentants des deux systèmes ont tout de même trouvé un compromis, en permettant à celui qui s'engage comme garantie d'assumer des obligations similaires à celles imposées par le régime de son choix, selon la formulation qu'il aura employée. Celui qui exprime sa garantie par les mots « bon pour garantie », « paiement garanti », « recouvrement garanti » ou par une formule équivalente peut opposer les exceptions généralement opposables par la partie par complaisance, alors que celui qui exprime sa garantie par les mots « aval » ou « bon pour aval » ou par une formule équivalente peut opposer les exceptions généralement opposables par l'avaliste<sup>251</sup>.

---

246. E. A. PETERS, *loc. cit.*, note 233, 866.

247. *Ibid.*

248. Document des Nations Unies, A/43/405.

249. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 266.

250. Document des Nations Unies, A/43/405.

251. Convention CNUDCI, art. 47 (4) (b) et (c).

La décision du groupe de travail de renoncer à l'unification des règles cambiaires en ce qui a trait aux moyens de défense opposables par la garantie est motivée par des éléments liés à l'assouplissement des règles cambiaires et aussi par la recherche du meilleur compromis. Il était important de reconnaître que des usages commerciaux s'étaient installés dans chacun des systèmes et qu'il était peu approprié de bouleverser ces habitudes<sup>252</sup> ou d'attacher de nouvelles conséquences aux mêmes formalités. Aussi, puisque aucune des règles des deux systèmes n'allait à l'encontre de l'ordre public de l'autre, il n'y avait aucun besoin de favoriser un système plus qu'un autre et, par le fait même, aucune raison de ne pas attacher au titre les conséquences juridiques désirées par les parties.

### 2.3.2 Les conditions de forme et interprétation

Soulignons tout d'abord que, contrairement à ce qui est affirmé par certains auteurs<sup>253</sup>, la nouvelle convention n'établit pas un double régime de garantie ou un régime de garantie à deux étages. Seuls les moyens de défense appartenant à la garantie sont dédoublés. Les modalités de l'engagement de la garantie et les conditions de forme de l'effet de commerce international comportant une garantie sont identiques, peu importe les obligations qu'entend assumer la garantie. On remarque également l'influence particulière de la CGLU sur le régime de garantie établi par la convention CNUDCI. Ainsi, celui qui veut garantir le paiement de l'effet de commerce ne s'engage pas comme tireur, tiré ou endosseur et la signature au recto de l'effet, autre que celle du souscripteur, du tireur ou du tiré, est réputée être une garantie<sup>254</sup>. Cette solution nous semble de beaucoup supérieure à ce qui est prévu en common law à cause notamment de la difficulté inhérente à ce système à savoir si un signataire agit à titre de partie par complaisance lorsque cette dernière n'a pas indiqué son statut.

La règle précédente a pour corollaire, comme en droit civil, que la garantie est toujours donnée pour garantir l'obligation d'une personne en particulier. À défaut d'indication contraire, la garantie est donnée pour le tiré dans le cas de la lettre de change, et pour le souscripteur s'il s'agit d'un billet<sup>255</sup>. La règle de la CGLU prévoyant que la garantie est réputée être donnée pour le tireur dans un tel cas été écartée<sup>256</sup>. Les moyens de défense disponibles au tiré étant plus limités, cette solution a l'avantage d'accorder

252. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 533.

253. Voir notamment G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 534 et les commentaires effectués par les représentants de la France et de l'Égypte dans le Document de la CNUDCI, A/43/405.

254. Convention CNUDCI, art. 46 (4).

255. *Id.*, art. 46 (5).

256. *Id.*, art. 31 (4).

encore plus de sécurité à l'effet de commerce<sup>257</sup>. Il est à déplorer toutefois que le texte de la nouvelle convention n'indique pas si la présomption énoncée est simple ou irréfragable. Rappelons que la CGLU non plus n'établit pas le caractère réfutable ou non de la présomption prévue ; et cette lacune n'a pas manqué de donner lieu à différentes interprétations dans les États membres de la CGLU<sup>258</sup>.

Le groupe de travail avait un problème particulier à résoudre, soit celui qui découle du fait que, souvent, l'aval et la garantie sont donnés par une simple signature sans indication supplémentaire<sup>259</sup>. Il fallait donc déterminer dans ce cas quel type de garantie était applicable. Il a finalement été prévu que le garant est réputé contracter une garantie du type aval s'il est une banque ou un autre établissement financier, alors qu'il est réputé contracter une garantie du type partie par complaisance dans le cas contraire (art. 47 (4) (d) et (e)). Cette distinction, qui a l'inconvénient d'alourdir le régime de garantie prévu par la nouvelle convention<sup>260</sup>, se justifie par le fait que les établissements financiers, vu leur compétence, devraient établir leur statut clairement, ce qui n'est pas toujours le cas des autres personnes<sup>261</sup>.

### 2.3.3 Les moyens de défense

La responsabilité du donneur de garantie et les exceptions qu'il peut ou ne peut pas opposer au porteur constituent le compromis établi par la convention CNUDCI en ce qui a trait aux garanties. La plupart des moyens de défense sont tout de même communs aux deux types de garantie. Ainsi, les moyens de défense propres au garant et ceux opposables à un simple porteur sont identiques aux exceptions opposables par n'importe quel signataire, peu importe le type de garantie assumé par le garant<sup>262</sup>. Ce n'est donc qu'en ce qui concerne les défenses appartenant au garanti opposables au porteur protégé que la norme de responsabilité diverge.

L'applicabilité de l'un ou l'autre des types de garantie dépend de la formule employée. Celui qui exprime sa garantie par les mots « aval » ou

257. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 3, 538.

258. R. ROBLLOT, *op. cit.*, note 63, pp. 219-220 ; M. JEANTIN, *op. cit.*, note 157, p. 188. Voir toutefois le commentaire dudit groupe de travail dans l'article 42 du document A/CN.9/213, selon lequel la présomption serait irréfragable. Aussi, on peut prévoir que les tribunaux décideront dans ce sens comme l'a fait la jurisprudence dominante établie par les tribunaux européens.

259. G. HERRMANN, *loc. cit.*, note 136, 269.

260. D'ailleurs, quelques pays dont la France ont critiqué cette solution ; Document de la CNUDCI, A/43/405.

261. J.A. SPANOGLE, *loc. cit.*, note 185, 122. Spanogle souligne que la définition d'établissement financier peut différer d'un État à l'autre. Cela pourrait entraîner des difficultés.

262. Convention CNUDCI, art. 47 (3).

« bon pour aval » ne peut opposer, parmi les exceptions que la personne pour laquelle il s'est porté garant peut opposer au porteur protégé, que celles peu nombreuses énumérées à l'article 47 (4) (c) de la convention CNUDCI. Ces moyens de défense correspondant à ceux prévus par la CGLU, cette dernière forme de garantie constitue donc un engagement presque inconditionnel de la part du garant et, surtout si elle est donnée par une banque réputée, donne au porteur protégé l'assurance d'être payé à l'échéance. Ce qui devrait, par le fait même, augmenter la circulation de l'effet de commerce international.

La liste des exceptions opposables par celui qui exprime sa garantie par les mots « bon pour garantie », « paiement garanti », « recouvrement garanti » ou toute autre formule équivalente est un peu plus longue et moins protectrice des droits du porteur. En fait, les exceptions opposables par le garant correspondent à celles opposables à la partie de complaisance. Par conséquent, à la différence de celui qui a exprimé sa garantie par les mots « aval » ou une expression équivalente, celui qui a utilisé la dernière formule peut opposer l'incapacité du signataire pour lequel il s'est engagé, le fait que la partie garantie n'a pas signé ou que sa signature n'est pas authentique et l'altération de l'effet de commerce<sup>263</sup>. Comme dans le système de common law, le but de l'engagement est donc de garantir la solvabilité de la personne pour laquelle la garantie est donnée<sup>264</sup>.

La convention CNUDCI, toutefois, n'a pas déterminé de façon claire si les moyens de défense invoqués par le garant peuvent être dérivés des principes du droit des sûretés. On peut argumenter que, puisque la nouvelle convention procède en établissant une liste exhaustive des exceptions pouvant être opposées au porteur, celles-ci devraient être limitées à cette liste. D'un autre côté, dans les pays continentaux, où la CGLU aussi prévoit les moyens de défense opposables au porteur par l'avaliste, il est arrivé que les tribunaux admettent des moyens de défense fondés sur les sûretés. Il y a donc un risque que les obligations du garant soient interprétées de façon non uniforme à travers les différents pays ayant adhéré à la convention CNUDCI. Par conséquent, la nouvelle convention aurait dû éclaircir cette question.

---

263. Puisque l'altération de l'effet de commerce est également un moyen de défense personnel à la garantie, seule l'éventualité très peu probable où l'altération survient entre le moment de l'engagement de la partie garantie et l'engagement du garant peut faire une différence entre les deux types de garantie.

264. J.A. SPANOGLE, *loc. cit.*, note 185, 121. M. JEANTIN, *op. cit.*, note 157, p. 187.

### **Conclusion de la seconde partie**

L'examen comparé de la CGLU et des législations cambiaires du système de common law démontre un assouplissement considérable des règles du second système par rapport au premier. La convention CNUDCI, suivant la tendance du droit anglo-saxon, accorde aux parties la liberté d'adapter l'effet de commerce à leurs relations contractuelles. Cette adaptabilité se concrétise par la reconnaissance des clauses stipulant un intérêt, de versement à échéances successives, d'exigibilité anticipée et de celles relatives au choix de la monnaie. L'évolution de la convention CNUDCI n'est pas sans déranger les représentants des pays européens qui auraient apprécié une plus grande influence du rigorisme de la CGLU dans la nouvelle convention. Peut-être est-il vrai que la CGLU n'impose pas un carcan trop rigide. Les opérateurs du commerce des pays continentaux ont effectivement su concevoir des méthodes compatibles avec les exigences de leur réglementation et qui permettent d'obtenir, dans plusieurs cas, des résultats semblables à ceux atteints en vertu des législations de common law. Cependant, il demeure que les pratiques bancaires et commerciales dénoncées tendent à s'infiltrer dans les pays continentaux en dépit de leur non-conformité avec les réglementations impératives de ces pays. Cela démontre que ces pratiques répondent à certains besoins. Il est donc favorable que la nouvelle convention consacre cette évolution. De plus, le formalisme rigide, bien qu'il ait un objectif légitime pour les opérations nationales entre parties civiles, n'est d'aucune utilité lors de transactions internationales auxquelles participent des professionnels. En matière commerciale, et en matière internationale particulièrement, le formalisme rigide doit faire place au consensualisme.

On peut également affirmer que la convention CNUDCI a su élaborer un compromis équitable en reconnaissant les pratiques en vigueur dans les deux systèmes. Les opérateurs du commerce international continentaux pourront fonctionner comme ils l'ont toujours fait et ne pas stipuler les nouvelles clauses reconnues par la convention CNUDCI. Au contraire, ne pas reconnaître dans la convention CNUDCI les usages actuellement en vigueur dans les pays de common law équivaldrait à exiger des commerçants de ces pays de modifier leurs habitudes cambiaires. Il aurait été à craindre dans un tel cas que ceux-ci n'utilisent pas l'effet de commerce prévu par la convention CNUDCI.

En ce qui a trait aux garanties, le régime prévu par la CGLU s'avère mieux orchestré que celui de la common law en imposant des conditions de forme plus restrictives. La portée des engagements cambiaires est ainsi déterminée à la lecture du titre et le porteur peut acquérir le titre avec plus de sécurité. Le statut du porteur de la CGLU est encore plus renforcé du fait



que l'avaliste ne peut invoquer l'absence de capacité de la personne pour qui la garantie est donnée, l'absence d'authenticité de sa signature ou des moyens de défense dérivés du droit des sûretés.

Les dispositions de la convention CNUDCI s'inspirent essentiellement de la CGLU en ce qui a trait aux modalités de l'engagement de la garantie et aux conditions de forme que doit comporter la garantie sur un titre négociable. La ressemblance entre la convention CNUDCI et la CGLU se remarque aussi par la règle commune aux deux systèmes à savoir que la garantie est toujours donnée pour une personne en particulier. Nous l'avons vu, cette règle a des conséquences très importantes sur les droits des parties.

La nouvelle convention établit un compromis efficace en laissant discrétion aux parties quant au type de garantie devant régir leurs relations. Les parties peuvent attribuer comme elles le désirent le risque entre la garantie et le porteur. Des considérations liées à leurs habitudes ou à la responsabilité qu'elles veulent assumer guideront leur choix. Pour cette raison, nous affirmons que le régime hybride de garantie proposé par la convention CNUDCI doit être vu comme plus qu'un compromis inévitable entre les deux systèmes. Il doit plutôt être considéré comme un instrument permettant aux parties de choisir une norme de responsabilité adaptée à leurs besoins commerciaux.

### **Conclusion générale**

Les nombreux avantages que présente l'effet de commerce en font un outil précieux lors d'opérations de financement et de paiement internationales. Il demeure toutefois que les divergences entre les différentes lois cambiales nationales soulèvent bon nombre de problèmes et constituent un obstacle à la sécurité du porteur d'un titre négociable. L'expansion des échanges internationaux et l'utilisation de l'effet de commerce lors de ces échanges commandent la mise en place d'un nouveau régime unifié.

La nouvelle convention proposée par la CNUDCI est le résultat d'une analyse soucieuse des deux principaux régimes et représente cette formule intermédiaire à laquelle les utilisateurs éventuels peuvent facilement s'adapter. Elle s'attaque aux véritables principaux problèmes liés à la circulation internationale de l'effet de commerce tels que ceux occasionnés par l'endossement faux, les droits et responsabilités des parties, l'apposition de certaines clauses inscrites sur le titre valables dans certains États et interdites dans d'autres et la garantie. De plus, en adoptant un champ d'application restreint aux effets internationaux, la convention CNUDCI présente l'avantage de ne pas bouleverser les habitudes qui se sont créées au niveau local.

La critique, venant surtout des pays continentaux, consiste à dire que la convention CNUDCI a une saveur un peu trop « américanisée ». L'affirmation selon laquelle il y a une forte présence de l'influence des législations de common law dans la convention CNUDCI ne constitue pas une fausseté. Des considérations d'ordre juridique et commercial justifient cette approche. Aux arguments liés à la nécessité de fonder les nouvelles dispositions sur les pratiques et nécessités contemporaines du commerce, il faut reconnaître la place prééminente que tiennent les entreprises et institutions bancaires américaines dans l'économie et les échanges internationaux. Par conséquent, il fallait s'attendre à ce que les solutions américaines soient plus influentes que celles retenues par tout autre pays.

La convention CNUDCI étant ouverte pour signatures, la question qui peut se poser maintenant est de savoir si elle parviendra à obtenir l'acceptation des différents États pour que soit enfin réalisée cette harmonisation des lois relatives aux effets de commerce. Peut-être les décideurs politiques devraient-ils considérer que l'instrument créé par la nouvelle convention ne s'applique qu'aux transactions internationales et qu'à la condition que le souscripteur ou le tireur de l'effet ait l'intention de le soumettre à la convention. Les parties à une transaction peuvent ainsi calculer les avantages et les risques de choisir la convention CNUDCI cas par cas. Dans ces conditions, pourquoi ne pas offrir aux différents opérateurs du commerce international un nouvel outil qui risque de répondre à leurs besoins ? Les insatisfaits ou les incertains à l'égard de la convention CNUDCI pourront toujours être régis par les lois nationales. Pour notre part, nous croyons que l'atténuation du formalisme par la reconnaissance des nombreuses clauses considérées comme invalides par les lois nationales saurait sûrement attirer le monde des affaires.