

Commentaire sur la décision Bombardier Inc. c. General Directorate for Defense, Armaments and Investments of the Hellenic Ministry of National Defense (HMOD) – La Cour supérieure est-elle compétente tant pour homologuer une sentence arbitrale que pour empêcher qu'une banque domiciliée au Québec paie une partie domiciliée à l'étranger dans le cadre de l'exécution d'une lettre de garantie ?

Catherine DAGENAI^{*}

EYB2019REP2667 (approx. 7 pages)

EYB2019REP2667

Repères, Février, 2019

Catherine DAGENAI^{*}

Commentaire sur la décision Bombardier Inc. c. General Directorate for Defense, Armaments and Investments of the Hellenic Ministry of National Defense (HMOD) – La Cour supérieure est-elle compétente tant pour homologuer une sentence arbitrale que pour empêcher qu'une banque domiciliée au Québec paie une partie domiciliée à l'étranger dans le cadre de l'exécution d'une lettre de garantie ?

Indexation

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ; COMPÉTENCE INTERNATIONALE DES AUTORITÉS DU QUÉBEC ; ACTION PERSONNELLE À CARACTÈRE PATRIMONIAL ; ÉTENDUE DE LA COMPÉTENCE ; PROCÉDURE CIVILE ; MODES PRIVÉS DE PRÉVENTION ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ; ARBITRAGE ; HOMOLOGATION ; BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES ; PRÊTS ET ESCOMPTES ; SÛRETÉ PARTICULIÈRE ; PRÊTS À CERTAINS EMPRUNTEURS ET GARANTIE ; RESPONSABILITÉ DES BANQUES ET INSTITUTIONS FINANCIÈRES ; REPRÉSENTATIONS FRAUDULEUSES

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I- LES FAITS](#)

[A. Les parties](#)

[B. Le Contrat d'approvisionnement et le « Offsets Contract »](#)

[C. Le litige](#)

[II- LA DÉCISION](#)

[A. La compétence de la Cour supérieure](#)

[1. La juridiction sur la Contre-garantie](#)

[2. La juridiction sur l'homologation](#)

[B. Les questions de fond](#)

[III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteure commente cette décision dans laquelle la Cour supérieure analyse entre autres la question de sa compétence pour prononcer une injonction visant à empêcher une banque domiciliée au Québec de payer des parties domiciliées à l'étranger lors de l'exécution de lettres de crédit ou de garantie. Cette décision traite également de sa compétence pour homologuer une sentence arbitrale d'un tribunal arbitral international.

INTRODUCTION

Dans la décision *Bombardier Inc. c. General Directorate for Defense, Armaments and Investments of the Hellenic Ministry of National Defense (HMOD)*¹, la Cour doit d'abord se pencher sur des questions relatives à sa compétence puisque plusieurs

éléments, dont l'homologation d'une sentence arbitrale et l'exécution à l'étranger d'une lettre de garantie, avaient des ramifications internationales.

Elle traite ensuite de questions de fond, notamment l'effet d'un paiement frauduleux en vertu d'une lettre de garantie. La Cour s'attarde donc sur les principes généraux quant à l'homologation d'une sentence arbitrale et discute plus à fond de la possibilité d'empêcher un paiement, en vertu d'une lettre de garantie, d'une banque domiciliée au Québec à une partie domiciliée à l'étranger.

I– LES FAITS

A. Les parties

La demanderesse, Bombardier inc. (« **Bombardier** ») est un fabricant international d'aéronefs et plus particulièrement, dans le cadre du présent litige, d'aéronefs amphibies de lutte contre les incendies.

Le défendeur, le ministère hellénique de la Défense nationale (« **HMOD** ») est une branche du gouvernement grec qui a conclu un contrat d'approvisionnement (le « **Contrat d'approvisionnement** ») portant sur dix avions amphibies de Bombardier.

La défenderesse Eurobank Ergasias S.A. (« **Eurobank** ») est la banque grecque émettrice d'une lettre de garantie au profit de HMOD (la « **Garantie** ») et Eurobank est elle-même bénéficiaire d'une lettre de contre-garantie (la « **Contre-garantie** ») émise par la défenderesse Banque nationale du Canada (« **NBC** »).

B. Le Contrat d'approvisionnement et le « Offsets Contract »

Le Contrat d'approvisionnement signé en novembre 1998 contient une clause d'arbitrage détaillée qui prévoit que tous différends, litiges ou réclamations en lien avec le Contrat d'approvisionnement feront l'objet d'un processus d'arbitrage².

Le Contrat d'approvisionnement a été suivi d'un « Offsets Contract » (le « **Contrat Offsets** ») en vertu duquel Bombardier s'engageait envers HMOD à sous-traiter une partie des travaux liés à la construction des avions à des fournisseurs grecs. Le Contrat Offsets contient une clause de dommages-intérêts liquidés en vertu de laquelle Bombardier s'engage à payer des dommages-intérêts à HMOD s'il ne sous-traite pas une partie des travaux aux fournisseurs grecs.

If part of the OFFSETS OBLIGATION has not been fulfilled at the end of the agreed OFFSETS CONTRACT duration plus any grace period as it may be extended, the SUPPLIER agrees to pay the amount equal to ten per cent (10%) of the supplier's unfulfilled obligations under the OFFSETS CONTRACT [...].

Là encore, les parties ont convenu que tous différends relatifs en lien avec le Contrat Offsets seraient réglés par arbitrage.

25.1 In case that HMOD/GDA or the SUPPLIER are in disagreement about the content and the value of the OFFSETS PROGRAMS and/or satisfaction of eligibility criteria and/or credit granted and/or other obligation of the two parties under the provisions of this OFFSETS CONTRACT and/or any other issues or disputes in connection with this OFFSETS CONTRACT, HMOD/GDA and the SUPPLIER agree to discuss the matter in good faith and to endeavor to resolve such disagreement in an amicable way as soon as possible.

25.2 In the event that no solution is obtained, in spite of both parties' goodwill, the differences arising shall be resolved according to the arbitration provisions of the International Chamber of Commerce in Paris.

Le Contrat Offsets prévoit enfin qu'il doit être interprété et mis en oeuvre conformément aux lois applicables dans le contrat principal, soit le Contrat d'approvisionnement, qui est la loi grecque.

Le montant des dommages-intérêts liquidés est garanti par une Garantie de Eurobank au profit de HMOD.

For the proper execution of the Offsets obligation, the SUPPLIER is obliged to submit to HMOD/GDA, within thirty (30) days of the MAIN CONTRACT coming into force an irrevocable Letter of Guarantee, from a Bank having a branch in Greece, of a value of ten per cent (10%) of the total credit value of the offsets obligations unfulfilled for a duration which will be equal to the duration of the OFFSET (*sic*) CONTRACT.^[8]

Eurobank est elle-même bénéficiaire d'une Contre-garantie émise par NBC.

In consideration of you issuing at our request the above-mentioned guarantee, we the National Bank of Canada hereby irrevocably undertake to reimburse you all amount(s) claimed by the beneficiary of your guarantee up to but not exceeding USD 27 736 709,00 [...] plus costs, stamp duties and value added tax as appropriate, with same value rate

as of the date of your payment, after receipt of your tested telex/authenticated swift demand for payment in conformity with the terms and conditions of your guarantee.

[...]

Our counter-guarantee shall remain valid until we are released by authenticated telex/swift by your bank and is subject to the uniform rules for demand guarantees (ICC Arbitral Tribunal Publication 458).

La Contre-garantie est soumise à la loi québécoise.

C. Le litige

En 2008 survient un litige contractuel entre Bombardier et HMOD relativement au Contrat Offsets. Bombardier ne pouvait satisfaire certaines obligations du Contrat Offsets puisqu'il lui était impossible de sous-traiter à des compagnies grecques, aucune d'entre elles n'étant capable de satisfaire les standards requis dans le Contrat d'approvisionnement. Dès lors, HMOD a demandé le paiement des dommages-intérêts liquidés et a tiré des sommes sur la Garantie de Eurobank.

Le 30 décembre 2008, Bombardier dépose une demande d'arbitrage. Le 30 décembre 2013, une sentence arbitrale finale (la « **Sentence arbitrale** ») est rendue par le tribunal d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par laquelle elle donne raison à Bombardier et conclut que le Contrat Offsets violait les principes fondamentaux des lois de l'Union européenne et était donc nul *ab initio*.

Tout au long des procédures d'arbitrage et même après la décision du 30 décembre 2013, HMOD a continué de faire des demandes de paiements à Eurobank, ce qui a entraîné d'autres procédures judiciaires principalement de nature injonctive. Eurobank a payé certaines sommes à HMOD, mais NBC a refusé d'effectuer quelque paiement en vertu de la Contre-garantie.

II- LA DÉCISION

Par cette procédure, Bombardier recherche essentiellement que la Cour déclare la Contre-garantie nulle et non avenue et qu'elle ordonne à NBC de ne pas faire de paiement en vertu de la Contre-garantie.

Bombardier pose les questions suivantes :

- a) Est-ce que la Cour devrait homologuer la Sentence arbitrale ?
- b) Est-ce que la Cour devrait ordonner que HMOD se conforme à la Sentence arbitrale ?
- c) Est-ce que la Cour devrait déclarer que la Contre-garantie de NBC est nulle et non avenue ?
- d) Est-ce que la Cour devrait enjoindre à NBC de payer tout montant en vertu de la Contre-garantie ?

De leur côté, Eurobank et HMOD demandent à la Cour si elle a juridiction sur l'ensemble de ces questions.

Avant d'aborder les questions de fond, la Cour a d'abord traité de la question de sa juridiction eu égard aux questions soulevées.

A. La compétence de la Cour supérieure

1. La juridiction sur la Contre-garantie

La Contre-garantie est régie par les lois du Québec.

La compétence des tribunaux québécois dans une action personnelle à caractère patrimonial doit être analysée en fonction du *Code civil du Québec*, en particulier l'article [3148](#) C.c.Q. qui se lit ainsi :

3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec ;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec ;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée ;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

Pour avoir juridiction, il suffit de satisfaire l'une de ces conditions.

En ce qui a trait à l'article [3148](#), al. 1(1°) et (2°) C.c.Q., la Cour mentionne que NBC est une banque domiciliée au Québec et, de toute évidence, ayant un établissement au Québec. Le différend entre celle-ci et Bombardier a trait à des activités au Québec.

Eurobank ne conteste pas ceci, mais avance que NBC n'est pas vraiment une défenderesse, mais plutôt une mise en cause.

La Cour mentionne qu'elle a déjà statué et accepté NBC en tant que défenderesse dans cette affaire.

Bien que la Cour admette que la désignation d'une partie dans une procédure n'est pas un facteur déterminant, même comme mise en cause, les droits de NBC pourraient être affectés. Dans ce cas, elle peut être considérée comme une défenderesse³.

HMOD avance qu'un jugement de la Cour supérieure ne serait pas préjudiciable à NBC. La Cour affirme que cela est loin d'être évident, et que cet argument tient pour acquis que la Cour ordonnerait à NBC de ne pas payer, mais le contraire pourrait également arriver.

À tout événement, une des conclusions de la présente procédure est de faire en sorte que la Contre-garantie de NBC soit déclarée nulle et non avenue. Il semble donc spécieux de prétendre que NBC n'a aucun intérêt en jeu.

Eurobank conteste également la compétence des tribunaux québécois en vertu l'article [3148](#), al. 1(3°) C.c.Q.

Eurobank avance qu'aucune faute n'a été commise au Québec. Si le paiement en vertu de la Garantie constitue une fraude, elle a clairement été commise en Grèce lorsque Eurobank, une banque grecque, a payé le ministère grec de la Défense HMOD.

Eurobank ajoute que Bombardier n'a pas non plus établi qu'elle subirait un préjudice au Québec si NBC devait payer en vertu de la Contre-garantie.

La Cour mentionne qu'il semble difficile de soutenir que si NBC devait payer Eurobank et que par conséquent Bombardier, une société québécoise, devait rembourser NBC, une autre société québécoise, elle ne subirait pas de dommages au Québec.

Il serait encore plus difficile d'accepter que ce ne serait pas au Québec que NBC serait tenue de s'acquitter de ses obligations en vertu de la Contre-garantie en fonction de l'article [1566](#) C.c.Q. qui se lit ainsi :

1566. Le paiement se fait au lieu désigné expressément ou implicitement par les parties.

Si le lieu n'est pas ainsi désigné, le paiement se fait au domicile du débiteur, à moins que ce qui est dû ne soit un bien individualisé, auquel cas le paiement se fait au lieu où le bien se trouvait lorsque l'obligation est née.

Aucun lieu n'est désigné pour le paiement de la Contre-garantie.

De plus, outre le paiement lui-même, plusieurs des obligations découlant de la Contre-garantie doivent être exécutées au Québec.

De l'avis de la Cour, l'argumentation d'Eurobank doit être écartée et les tribunaux québécois sont compétents pour statuer sur ce litige relatif à la Contre-garantie.

2. La juridiction sur l'homologation

En ce qui a trait à la compétence en matière d'homologation de la Sentence arbitrale, HMOD conteste la compétence des tribunaux québécois pour ce faire.

HMOD avance que le Contrat Offsets était régi par le droit grec. HMOD est un organisme grec qui a son domicile en Grèce. En conséquence, HMOD déclare qu'en vertu de l'article [3148](#) C.c.Q., la Cour supérieure peut renvoyer la demande d'homologation de Bombardier aux tribunaux grecs.

La Cour avance que les procédures injonctives demandées par Bombardier ont pour principal objet d'ordonner à NBC de ne faire aucun paiement en vertu de la Contre-garantie. Dans ce contexte, il est difficile de soutenir que l'homologation de la sentence arbitrale, qui a déclaré tant la Garantie que la Contre-garantie nulles et non avenues, n'est pas une demande incidente selon l'article [3139](#) C.c.Q. La demande en nullité de la Contre-garantie est également étroitement liée à la demande en injonction. Si la Cour a juridiction pour ordonner une injonction à l'égard de NBC, il est également logique qu'elle ait juridiction pour analyser les fondements juridiques sur lesquels repose la demande en injonction, ce qui inclut la demande en nullité de la Contre-garantie.

Conséquemment, la Cour conclut qu'elle a juridiction pour homologuer la sentence arbitrale.

B. Les questions de fond

- Est-ce que la Cour devrait homologuer la Sentence arbitrale ?

La Cour confirme que la Sentence arbitrale est finale. La Cour d'appel de Paris a confirmé la sentence et le jugement n'a fait l'objet d'aucun appel.

Au Québec, l'homologation d'une sentence arbitrale est prévue aux articles [645](#) et [646](#) du *Code de procédure civile*.

La Cour conclut qu'aucun critère de l'article [646](#) C.p.c. n'a été démontré et homologue par conséquent la Sentence arbitrale.

- Est-ce que la Cour devrait ordonner que HMOD se conforme à la Sentence arbitrale ?

Puisque la Sentence arbitrale est homologuée, les conclusions de la Sentence arbitrale prennent effet et HMOD doit s'y conformer.

- Est-ce que la Cour devrait déclarer que la Contre-garantie de NBC est nulle et non avenue ?

Les principes juridiques applicables aux lettres de crédit et de garanties sont bien connus et la cause importante au Canada est *Bank of Nova-Scotia c. Angelica-Whitewear*⁴. Un principe important est l'autonomie des lettres de crédit et de garanties par rapport au contrat sous-jacent à l'égard duquel elles ont été émises. La seule exception à ce principe est la fraude.

La Cour conclut que les circonstances démontrent que le paiement fait par Eurobank à HMOD en vertu de la Garantie l'a été frauduleusement. Si la Garantie ne peut être exécutée, la Contre-garantie ne peut l'être non plus. Par conséquent, tant la Garantie que la Contre-garantie de NBC sont nulles et non avenues.

La Cour ajoute qu'en homologuant la Sentence arbitrale, elle devient la loi entre les parties. Or, la Sentence arbitrale déclare nul et non avenue le Contrat Offsets. Ce Contrat Offsets traite des dommages et intérêts liquidés et de la Garantie. Cette Garantie n'existe que parce que ces articles existent dans le Contrat Offsets. Sans Contrat Offsets, la Garantie n'a plus sa raison d'être et devient nulle elle aussi. Et, dans la suite logique des choses, la Contre-garantie subit le même traitement.

- Est-ce que la Cour devrait enjoindre à NBC de payer tout montant en vertu de la Contre-garantie ?

La Cour ordonne donc à NBC de ne pas faire de paiement en lien avec la Contre-garantie.

III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEURE

Cette décision est intéressante en ce qui a trait aux questions relatives à la compétence de la Cour supérieure dans un contexte de droit international.

Pour avoir juridiction, il suffit de satisfaire l'une de ces conditions de l'article [3148](#) C.c.Q.

La Cour souligne qu'il suffit pour établir la compétence des tribunaux québécois que l'une des obligations découlant d'un contrat soit exécutée au Québec. Par ailleurs, l'obligation qui doit être exécutée au Québec ne doit pas être nécessairement celle dont la violation est à l'origine de l'action⁵.

Ce n'est pas la première fois que des tribunaux québécois reconnaissent leur compétence pour prononcer des injonctions visant à empêcher des banques domiciliées au Québec de payer des parties domiciliées à l'étranger lors de l'exécution de lettres de crédit ou de garantie⁶. Par exemple, voici comment s'exprime la Cour supérieure dans *SNC-Lavalin Polska SP ZOO c. BNP ParisCanada*⁷ :

[15] A key element to consider here is the fact that the Bank, to whom the requested order is directed, is a Canadian bank, constituted under the laws of Canada with its head office in Montreal, Quebec. The Court considers that it would be rather odd if the Quebec Superior Court would not have jurisdiction to issue an injunction against a Canadian entity

legally domiciled in Quebec. Conversely, it is not clear that the Polish courts would accept to issue an injunction or a similar remedy against a foreign entity.

La Cour estime que si les tribunaux québécois sont compétents pour des obligations découlant de la Contre-garantie et pour la validité de ladite Contre-garantie, il semblerait étrange que les mêmes tribunaux n'aient pas juridiction pour l'homologation de la Sentence arbitrale qui a déclenché tout cela. La Cour se rabat sur l'article [3139](#) C.c.Q.

3139. L'autorité québécoise, compétente pour la demande principale, est aussi compétente pour la demande incidente ou reconventionnelle.

Le principe de proportionnalité milite en faveur d'une telle conclusion, tant en vertu des principes fondamentaux du *Code de procédure civile* que de l'article [3139](#) C.c.Q. Voici comment s'exprime le professeur Talpis à propos de l'article [3139](#) C.c.Q. :

The justification for this rule is found in the goals of judicial economy and efficiency, both of which are arguably better served by having all related aspects of the dispute heard before the same court. It is highly desirable. For example, to avoid the necessity of litigating different parts of the dispute in different fora and to allow for a complete resolution of the questions at issue in the action.⁸

La Cour revient aussi sur les principes d'homologation d'une sentence arbitrale. Au Québec, l'homologation d'une sentence arbitrale est prévue aux articles [645](#) et [646](#) C.p.c.

645. Une partie peut demander au tribunal l'homologation de la sentence arbitrale. Cette sentence acquiert, dès qu'elle est homologuée, la force exécutoire se rattachant à un jugement du tribunal.

Le tribunal saisi d'une demande en homologation ne peut examiner le fond du différend. Il peut surseoir à statuer s'il a été demandé à l'arbitre de rectifier, de compléter ou d'interpréter la sentence. Il peut alors ordonner à une partie de fournir un cautionnement, si la partie qui demande l'homologation le requiert.

646. Le tribunal ne peut refuser l'homologation d'une sentence arbitrale ou d'une mesure provisionnelle ou de sauvegarde que si l'un des cas suivants est établi :

1° une partie n'avait pas la capacité pour conclure la convention d'arbitrage ;

2° la convention d'arbitrage est invalide en vertu de la loi choisie par les parties ou, à défaut d'indication à cet égard, en vertu de la loi du Québec ;

3° le mode de nomination d'un arbitre ou la procédure arbitrale applicable n'a pas été respecté ;

4° la partie contre laquelle la sentence ou la mesure est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens ;

5° la sentence porte sur un différend qui n'était pas visé dans la convention d'arbitrage ou n'entrait pas dans ses prévisions, ou encore elle contient une conclusion qui en dépasse les termes, auquel cas, si celle-ci peut être dissociée des autres, elle seule n'est pas homologuée.

Le tribunal ne peut refuser d'office l'homologation que s'il constate que l'objet du différend ne peut être réglé par arbitrage au Québec ou que la sentence ou la mesure est contraire à l'ordre public.

La Cour rappelle qu'elle ne peut réviser le bien-fondé d'une sentence arbitrale. Elle peut refuser l'homologation de la sentence arbitrale seulement si un des critères de l'article [646](#) C.p.c. est démontré. La Cour d'appel, dans *Endorecherche inc. c. Endoceutics inc.*⁹, rappelle ces principes.

CONCLUSION

Cette affaire démontre d'une part que la finalité d'une sentence arbitrale doit être respectée par les parties et que seuls les motifs précis liés à la contestation d'une homologation pourraient mettre un frein à une telle homologation.

D'autre part, cette cause est intéressante sur le plan de la compétence de la Cour supérieure qui n'hésite pas, dans le contexte de la présente affaire liée à l'exécution de lettres de garanties, à empêcher qu'un paiement soit effectué par une banque domiciliée au Québec à une partie domiciliée à l'étranger.

* M^e Catherine Dagenais, avocate chez Dentons, concentre sa pratique en droit civil et commercial de même qu'en modes de prévention et règlement de différends.

1. 2018 QCCS 2127, [EYB 2018-295791](#) ; déclaration d'appel, C.A. Montréal, n^o 500-09-027718-188, 31 juillet 2018.
2. Le texte en anglais prévoit ceci : « Any differences, disputes or claims relating to our connections with the contract ».
3. *Fiducie du Québec c. Fiducie de prêts et revenus*, [1984] R.D.J. 120 (C.A.), par. 7 ; *Swappie c. Mameamskum*, 2013 QCCA 1860, [EYB 2013-228685](#), par. 1.
4. *Bank of Nova Scotia c. Angelica-Whitewear*, [1987] 1 R.C.S. 59, [EYB 1987-67726](#).
5. Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, n^o 194.
6. *B.G. Checo International Ltée c. B.N.P. Canada inc.*, J.E. 81-922 (C.S.), [EYB 1981-138942](#) ; *Goody Goody Clothing International Inc. c. Five Star Knitting*, J.E. 91-1358 (C.S.), [EYB 1991-76384](#).
7. *SNC-Lavalin Polska SP ZOO c. BNP ParisCanada*, 2017 QCCS 3694, [EYB 2017-283315](#), par. 15.
8. Jeffrey TALPIS, “*If I Am From Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas ?*” *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*, Montréal, Thémis, 2001, 37.
9. *Endorecherche inc. c. Endoceutics inc.*, 2015 QCCA 1347, [EYB 2015-255550](#), par. 7-11.

Date de dépôt : 19 février 2019

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.