Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'abstraction de la garantie bancaire automatique

Poullet, Yves

Publication date:
1982

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y 1982, 'L'abstraction de la garantie bancaire automatique: étude de droit civil comparé', Ph.D., UC Louvain.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 02. May. 2026

L'ABSTRACTION de la garantie bancaire automatique

Etude de Droit civil comparé

Volume 1

Yves POULLET

Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit.

Louvain-la-Neuve,
Année académique 1981-1982

Promoteur : P.COPPENS

A.B.

AVANT - PROPOS

Avant tout , je tiens à dire ma gratitude et mon attachement personnel à Monsieur le Professeur P. COPPENS (Université Catholique de Louvain) qui accepta si aimablement de diriger un travail qui rencontrait des préoccupations communes et dont la présence, le soutien, la critique loyale et ferme mais toujours encourageante et la parfaite disponibilité m'ont permis de conduire cette étude à son terme aujourd'hui : je ne pourrai jamais lui dire comme il conviendrait tout ce que je lui dois.

De même, je tiens à réserver un merci tout particulier aux Professeurs G. PORTALE (Université Catholique de Milan), K. PLEYER (Université de Cologne), H. LESGUILLONS (Université de Tours), B. STAUDER (Université de Genève), M. FONTAINE (Université Catholique de Louvain), J. LEBRUN (Université Catholique de Louvain) et L. SIMONT (Université Libre de Bruxelles) qui tous, à des moments divers, ont accepté de m'apporter leur collaboration avec leur sympathie personnelle qui m'est devenue infiniment précieuse. Ce merci s'adresse également aux autres membres du Jury de défense, Messieurs les Professeurs Ph. GODDING, R. W'TTERWULGHE et G. HORSMANS de l'Université Catholique de Louvain qui auront consacré, à la lecture de cette thèse, des heures nombreuses d'un temps trop étroitement mesuré.

Qu'il me soit encore permis d'exprimer ma reconnaissance à Madame C. DANSE (Faculté de Droit de Namur), au personnel du secrétariat de la Faculté de Droit de Namur, au Père P. MAON et surtout à ma femme, Bénédicte POULLET, qui se sont courageusement chargés des travaux effacés mais combien difficiles et prenants de la relecture, des corrections textuelles et de la dactylographie.

A tous ceux que je viens de citer, je tiens enfin à dire - car je le pense intensément - qu'à mes yeux le mérite principal de cette thèse est d'avoir été le fruit du concours de leur amitié.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

"Les codes des peuples se font avec le temps mais à proprement parler, on ne les fait pas"

Portalis

1. La pratique bancaire de la garantie "à première demande" ou "automatique" délivrée dans le commerce international a fait une brusque irruption dans le monde juridique. Certains événements politiques n'y sont pas étrangers. Ils ont mis en évidence le désarroi des juges et leur difficulté de trancher un débat passionnel où se heurtent les intérêts des exportateurs et ceu des importateurs et dans lequel les banquiers refusent d'intervenir.

Le mécanisme de la garantie automatique est simple. Cette simplicité est la condition de son efficacité. Elle contraste avec la complexité de l'opération économique qui en est le support. A l'occasion d'un marché - souvent un contrat à la grande exportation - en voie de conclusion, de réalisation ou d'achèvement, un exportateur, souvent ensemblier, obtient soit d'une banque de son choix, assistée éventuellement par une banque locale, soit d'une banque locale par l'intermédiaire d'une banque de son choix, qu'elle délivre à un importateur, maître de l'ouvrage, une garantie payable à la première réquisition de celui-ci, nonobstant toute exception tirée des relations originaires entre l'exportateur-ensemblier et l'importateur-maître de l'ouvrage d'une part, entre le banquier et l'exportateur-ensemblier, d'autre part.

2. Ainsi, l'abstraction, c'est-à-dire l'autonomie de l'engagement du garant par rapport à la validité et à l'efficacité des relations de base

caractérise la garantie automatique. Mais, si elle en est l'âme, elle en est aussi le point vulnérable. On conçoit en effet aisément qu'un tel mécanisme "abstrait" puisse engendrer des abus; la garantie du fait de son automaticité livre le donneur d'ordre de la garantie, c'est-à-dire l'exportateur-ensemblier, au bon plaisir, au caprice de l'importateur-bénéficiaire. Si la réalité des faits interdit de dramatiser ces abus (1), elle interdit également de les nier (2). On souligne avec raison l'antagonisme entre *"la géométrie rigoureuse de l'institution, condition de son efficacité, et précisément la dureté qui résulte de cette géométrie"* (3). L'abstraction de la garantie automatique est au centre des débats.

3. L'histoire de la reconnaissance par le droit de cette institution illustre la vérité de ce propos. A la joie initiale du juriste, émerveillé par la découverte d'une nouvelle institution, a succédé la contestation. Peut-on concevoir une sûreté personnelle dont l'efficacité n'est pas subordonnée à un constat d'échec dans le chef du garanti ? On connaît la condamnation prononcée an 1978 au nom de la moralité des affaires par la Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.)(4), condamnation dont on est revenu (5). L'admission progressive de la légitimité de la garantie automatique ne supprime pas toutes les incertitudes. Les juges s'interrogent sur le degré exact de l'abstraction de la garantie automatique par rapport aux relations originaires.

La complexité des opérations du commerce international qui sont à l'origine des garanties automatiques expliquent en effet les multiples interrogations que la simplicité du mécanisme ne laissait pas soupçonner au départ. Si la garantie commence à se dévoiler, à se nommer, ce n'est pas sous

une forme unique, au régime juridique définitif, mais au contraire sous des images multiples dont le droit ignore encore de nombreuses facettes. C'est dans ces formes multiples que doit être cherchée la maturité de l'institution.

4. La maturité enseigne l'équilibre et se garde de tout slogan. Le droit de la garantie automatique ne se réduit ni à une condamnation dogmatique de l'institution, ni à l'assertion *"payez d'abord, réclamez ensuite"* (6). Cet équilibre souhaité est condition de la survie de la garantie automatique comme institution-standart du commerce international. La pratique du commerce international hait l'incertitude et on se plaît ici et là à opposer les zones d'ombre qui entâchent l'institution de la garantie automatique à l'absolue limpidité qui caractérise la réglementation de cette autre institution bancaire du commerce international: le crédit documentaire.

L'équilibre doit être découvert à partir d'une analyse de la signification de la garantie dans l'ensemble de l'opération du commerce international. La légitimité, l'abstraction et les limites de l'abstraction de la garantie automatique ne procèdent-elles pas en définitive de la participation de cette institution à l'équilibre global que met en place la convention de grande exportation ?

5. Il conviendra donc de décrire, dans un premier titre, cette particularité de l'opération de grande exportation et situer la garantie automatique ou plutôt les multiples formes de garantie automatique dans l'ensemble des mécanismes qui ont pour fonction de concourir à la réussite de l'opération.

A cette approche qu'on pourrait qualifier d'économique, on opposera

- ou opposera - la vision juridique. Le titre II décrira les voies originales suivies par chaque droit dans l'approche du phénomène de la garantie automatique. On en relèvera les ambiguités, les hésitations, on en critiquera les affirmations hâtives, on en repèrera les points de convergence autant que de divergence.

Dans une conciliation des approches économique et juridique, le titre III tentera d'apporter quelques précisions sur l'abstraction de la garantie automatique et sur les limites de cette abstraction.

TITRE I: L'APPARITION DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE DANS LE COMMERCE A LA GRANDE EXPORTATION

INTRODUCTION:

6. Le commerce international a révélé le phénomène de la garantie automatique. Il ne s'agit pas d'affirmer que la garantie automatique se limite aux opérations du commerce international -on la retrouve dans des opérations du commerce national (1)- mais c'est le commerce international, en particulier le marché à la grande exportation -le contrat international de construction et de génie civil (2)- qui a donné à cette institution sa véritable portée.

La garantie automatique ne peut se comprendre en dehors de ce contexte. Il importe de saisir la signification économique de la garantie dans l'ensemble de la grande opération commerciale internationale, avant d'aborder les questions juridiques nées de son utilisation. Cette analyse économique sera l'objet du premier titre.

7. Notre démarche sera la suivante:

- La notion de garantie est liée à la notion de risque. Si la réalisation de toute opération commerciale présente des risques, celle du contrat international de construction et de génie civil en présente de plus graves. Le caractère international de l'opération, mais surtout sa complexité et son extension dans le temps, accentuent certains des aléas propres à toute opération et en ajoutent d'autres d'une nature différente (chapitre I).

- La présence de ces risques accrus explique l'intervention systématique des banques dans les opérations du commerce international. Nous noterons l'évolution des formes de cette intervention et nous situerons l'institution de la garantie bancaire automatique parmi ces diverses formes (chapitre II).

- La principale justification de la garantie automatique doit être trouvée dans l'analyse de l'équilibre que met en place l'opération de base entre importateur et exportateur. La signification de la clause de garantie automatique par rapport aux autres clauses du contrat de base révèle la véritable portée de cette institution. Le titre II en analysera la nature juridique.

CHAPITRE I: LES RISQUES DANS LES OPÉRATIONS À LA GRANDE EXPORTATION.

8. La nature originale de la garantie bancaire automatique s'explique pour nous par les risques particuliers aux opérations de grande exportation. Parmi ces risques, nous distinguerons trois catégories: (3)

1. les risques communs à toute opération commerciale, mais dont la gravité est accrue par le caractère international, complexe et de durée de l'opération de grande exportation;

2. les risques propres à l'opération de grande exportation, nés de son caractère international;

3. les risques propres à l'opération de grande exportation, nés de sa durée et de sa complexité.

Cette analyse et ce langage sont propres aux assureurs, mais il nous semble impossible d'aborder la question de l'abstraction de la garantie bancaire automatique sans avoir précisé les risques qu'elle est appelée à couvrir. Nous décrirons chacun de ces risques dans les trois sections qui vont suivre. (4)

Section 1: Les risques communs à toute opération commerciale, accrus par les caractères international, complexe et de durée de l'opération de grande exportation.

Article 1: Le risque d'insolvabilité ou de retard de paiement.

9. La réussite de toute opération commerciale est liée à la capacité financière des parties d'exécuter leurs engagements. L'existence de ce risque est évidente. Le caractère international de l'opération l'accroit cependant. La distance permet difficilement aux parties d'évaluer les capacités financières du cocontractant. Elles chercheront donc auprès d'un tiers de solvabilité indiscutable une garantie de la capacité financière de leur partenaire commercial. Les banques sont naturellement appelées pour la prise en charge de ce risque. D'une part, elles sont connues des deux parties. En effet, elles sont généralement implantées dans le pays de chacune des parties ou du moins, y disposent d'un réseau de banques correspondantes. D'autre part, leur surface financière est indiscutable et on notera à ce propos le soin fréquent des parties à l'opération d'exiger l'intervention d'une banque "de premier ordre".

10. On pourrait être tenté de nier l'existence de ce risque dans les opérations étudiées. L'exportateur est souvent une entreprise bien connue et solide financièrement (5) et ce sont généralement des états ou organismes paraétatiques qui sont les maîtres d'oeuvre dans ce type de marché. Néanmoins, la durée des opérations à la grande exportation justifie malgré tout les craintes d'insolvabilité dans le chef des deux parties. En effet,

certains états ou organismes paraétatiques peuvent connaître des difficultés de trésorerie, en particulier lorsqu'il s'agit de pays du tiers-monde (6). L'origine du risque d'insolvabilité est alors politique (7). A l'inverse, l'importateur craint la cessation d'activités que provoque l'insolvabilité de l'exportateur. Les grosses entreprises d'ensemblier n'ont pas échappé aux difficultés économiques de ces dernières années(8).

Article 2: Le risque d'incapacité technique.

11. Le risque de voir l'une des partiesincapable d'exécuter techniquement l'une des prestations objet du contrat est un des risques majeures du contrat de génie civil ou de construction (9). Ce risque existe d'abord dans le chef de l'entrepreneur ou de ses sous-traitants. La prestation qui lui est demandée est généralement complexe: réalisation de plans, édification d'ouvrages, mise au point de production, formation de personnel; etc... La réalisation de ces prestations exige un important savoir-faire technique. Le maître de l'ouvrage peut désirer être rassuré sur les compétences de son partenaire (10). Dans le commerce international, il le désirera d'autant plus qu'il connaît mal son interlocuteur (11). La distance là aussi joue un rôle.

12. Les banques, appelées naturellement pour la couverture du risque financier, couvrent de même le risque technique. Elles sont moins à l'aise dans la couverture de ce risque non strictement financière. Mais, si elles apprécient assez difficilement l'exacte capacité de leur client à exécuter la prestation demandée, elles peuvent cependant, plus facilement que le maître d'ouvrage, disposer de renseignements à ce sujet.

Article 3: Les risques catastrophiques, cas de force majeure.

13. Les risques dits catastrophiques sont des événements naturels (foudre, tempête, inondation, etc...) ou des événements du fait de l'homme (actes de sabotage, grêve des transports, etc...) qui, sans faute des contractants, rendent impossible l'exécution de la prestation (12). On distinguera nettement les risques catastrophiques, cas de force majeure, et les risques d'imprévision dont nous parlerons plus loin. Le risque catastrophique ne rend pas seulement plus onéreuse , mais impossible l'exécution de la prestation. Ainsi, la fermeture du Canal de Suez ne fut pas considérée par les juges anglais comme un cas de force majeure, mais comme un cas d'imprévision (13).

Le fait que l'opération soit internationale et de longue durée accroit les possibilités de survenance de ces événements. Nous voudrions cependant ajouter que la survenance d'un cas de force majeure est généralement limitée dans le temps et qu'a priori, il n'empêche pas définitivement la réalisation du contrat, même s'il en rend l'exécution momentanément impossible.

Section 2: Les risques propres à l'opération de grande exportation nés de son caractère international.

14. L'appartenance des contractants à des ordres juridiques différents suscite des risques particuliers aux opérations commerciales internationales. ainsi les risques politiques "juridictionnels" et de change.

Article 1: Les risques politiques.

15. L'exemple récent de la révolution iranienne témoigne de l'importance de ces risques politiques: la guerre, les décisions d'embargo ou les interdictions de sorties de devises (14) et, de façon générale, le fait du Prince du pays du maître d'oeuvre peuvent affecter le bon déroulement de l'opération, et dans certains cas, constituer de véritables hypothèses de force majeure. Conscients de la gravité de ce risque qui, pour des raisons techniques, peut difficilement être couvert par des compagnies privées, de nombreux états ont organisé leur propre système de prise en charge de ces risques politiques et institué à cet effet un organisme particulier: en Belgique, l'office national du Ducroire; en France, la Coface; en Grande Bretagne, l'ECGD, etc...(16)

La garantie automatique couvre-t-elle ce risque? A cet endroit de l'exposé, citons simplement le point de vue du juge américain dans une affaire iranienne récente:

> *"Quand un contractant entre en relation contractuelle avec l'administration iranienne de l'électricité et de l'eau, il assume les risques propres aux transactions internationales, ceci inclut les risques et hasards de la politique internationale. Toute injonction préventive débarrassant la banque de la charge de ce risque en lui enjoignant de ne pas payer sur base de la lettre de crédit, irait à l'encontre du sens de la transaction"(17) .*

Article 2: Les risques "juridictionnels".

16. Nous qualifions risques "juridictionnels", l'ensemble des inconvénients liés au fait de l'appartenance des contractants à des systèmes juridiques distincts. Ces risques sont de plusieurs sortes.

L'appartenance à des systèmes juridiques différents entraîne pour chaque partie à l'opération l'incertitude, voire l'ignorance du cadre juridique dans lequel l'autre partie exerce ses activités.
Ce point peut être important. Ainsi, il peut être difficile de connaître la capacité juridique de l'autre partie, en particulier lorsque celle-ci représente un organisme étatique ou paraétatique.

17. On connaît également les problèmes difficiles de droit international privé que soulève toute opération trans-frontières.Le contrat international de construction réunit bien souvent des parties relevant de plus de deux systèmes juridiques. Quels sontalors le ou les droits applicables (18)? La loi applicable au contrat de sous-traitance sera-t-elle la même que celle du contrat principal (19)? Certes, les parties peuvent décider le rattachement de l'ensemble de l'opération à un système juridique déterminé, mais certaines questions ne peuvent être résolues par cette lex contractus et les parties peuvent toujours arguer de la violation de l'ordre public de leur pays(20).

18. Enfin, l'opération trans-frontières fait naître des questions de compétence juridictionnelle et d'exécution des sentences. Souvent, l'exportateur entrepreneur craint le recours devant des tribunaux ou des chanmbres de commerce du pays de l'importateur (21). Ces juridictions pourraient ignorer purement et simplement certains usages du commerce international auxquels

l'entrepreneur s'est fié. Aussi, préfèrera-t-il les juridictions arbitrales internationales ou les tribunaux ou juridictions arbitrales de son propre pays ou de pays voisins . En toute hypothèse, quelque soit le for saisi, se posera la question de l'exequatur (22). La partie condamnée fera éventuellement tierce opposition à la décision ou plaidera que la sentence n'est pas légale aux yeux de la loi de son pays (23).

Tous ces aléas de la décision juridictionnelle peuvent retarder, parfois même longuement, la satisfaction du contractant qui réclame son dû. Ils font craindre à chaque partie la mauvaise foi de l'autre. Nous reviendrons sur ce danger de la mauvaise foi, omniprésente dans la justification et la critique de la garantie automatique.

Article 3: Les risques de change.

19. Le risque de change (24) est propre à l'opération internationale mais le caractère non instantané du contrat international de construction lui donne un relief particulier. Les modifications de parité sont fréquentes et, à moyen terme, peuvent être importantes (25). Vis àvis de certains pays du tiers-monde, ce risque est essentiel.

L'existence de ces risques de change explique notamment la quasi disparition de la pratique sud-américaine (26) des sûretés réelles données en garantie d'opérations à l'exportation (27). L'entrepreneur, pour garantir l'exécution de ses prestations, versait à la banque du maître de l'ouvrage sud-américain un dépôt en monnaie locale. On imagine le coût d'un tel procédé. L'achat en devises fortes de ces monnaies locales à taux de dévaluation élevé représente une perte certaine.

Section 3: Les risques propres à l'opération de grande exportation nés de sa durée et de sa complexité.

Article 1: Les risques liés à la durée de l'opération.

§1 Le risque de modification.

20 La durée du contrat international de construction entraîne souvent la nécessité de modifier, au cours de la réalisation de l'opération, l'objet même des prestations initialement prévues (28): tantôt le capacité de production prévue s'avère insuffisante étant donné l'extension d'un marché extérieur ou intérieur, tantôt la technologie change et oblige à adapter les méthodes de production. Ces modifications peuvent concerner des prestations accessoires ou être minimes, elles sont parfois essentielles et transforment de manière substantielle le marché et son risque.

§2 Le risque d'imprévision.

21 Il s'agit du "bouleversement inattendu des circonstances qui modifie d'une manière fondamentale l'économie du contrat"(29). En matière d'imprévision, il n'y a pas impossibilité d'exécution de l'opération comme en cas de survenance d'une catastrophe, mais la charge de la réalisation de l'opération devient plus lourde. Par exemple, l'approvisionnement en matières premières ne peut plus se faire auprès du fournisseur habituel et devient plus coûteux.

Le risque d'imprévision se distingue aussi du risque de modification. L'objet du contrat n'est pas automatiquement modifié par la survenance de l'événement imprévu, encore que cet événement puisse entraîner une nouvelle négociation des conditions du contrat. Le risque d'imprévision implique seulement que l'une des parties ne peut plus tirer du contrat les avantages initialement prévus.

Article 2: Les risques liés à la complexité de l'opération.

§1 La complexité de l'opération.

22 Le contrat international de construction d'ensembles industriels complets réunit des prestations multiples, de nature juridique diverse . . On connaît la distinction souvent proposée (30) entre contrat "clef en main" et contrat "produit en main". Revenons à cette distinction. Dans le contrat "clé en main", "l'ingénieur livre une installation dont les parties apprécieront le fonctionnement en procédant à des essais à "vide"". Le contrat "produit en main" se caractérise par le fait que "l'ingénieur devra assurer la mise en route effective de l'installation industrielle, elle fonctionnera pendant une certaine durée, avant toute réception, sous la conduite du personnel du client. Celui-ci sera en mesure d'apprécier la conformité des produits aux desiderata exprimés -et acceptés- lors de la conclusion du contrat". "Il arrive enfin, que le client demande à l'ingénieur de prendre en charge la vente d'une partie au moins de la production. Dans ce contrat "marché en main" ou "produit vendu", l'ingénieur est généralement payé grâce aux profits réalisés à l'occasion des ventes qu'il organise lui-même."(31)

23. Ces trois contrats intègrent des prestations de contenu fort différent, tels la cession de procédés de fabrication, la fourniture et le transport des équipements, l'exécution des travaux (construction, mise en place des équipements), la mise en route des installations. Certains con trats "clef en main" "lourds" (32) et les contrats "produit en main" impliquent en outre la formation du personnel et des conseils à la gestion. Le contrat "marché en main" mènera l'entrepreneur à participer à la gestion de l'entreprise (33). Cette diversité, voire cette hétérogénéité des prestations créent, à notre avis, deux risques principaux: le risque issu de la difficulté de préciser l'objet même du contrat lors de la phase précontractuelle et le risque inhérent à la multiplicité des parties qui oeuvrent à la réalisation de l'opération.

§2. Le risque né de la difficulté de préciser l'objet du contrat.(34)

24. Les négociation des grands contrats d'exportation peuvent durer plusieurs années. Ce fait souligne la difficulté de préciser l'objet même du contrat. Même lorsqu'il s'agit d'appels d'offres lancés par des états ou organismes paraétatiques, la procédure se décompose en plusieurs offres successives (35). Chaque étape de la négociation est émaillée de lettres dites d'intention, d'accords provisoires, de pourparlers au travers desquels s'élabore progressivement le contrat définitif, parfois fort différent du premier projet. Ce n'est pas ici le lieu d'étudier la valeur de ces divers écrits de la période précontractuelle (36). Relevons simplement le coût, pour chaque partie, de sa participation à de telles négociations (37) et le risque que représente pour elle une rupture des pourparlers (38).

§3 Le risque inhérent à la multiplicité des parties à l'opération.

25. La construction d'un ensemble industriel, la réalisation de larges projets d'infrastructure, font intervenir de multiples entreprises sur le chantier. Une seule entreprise ne peut à elle seule assurer la diversité des prestations auxquelles donnent lieu de telles opérations.

26. Il se peut que chacune de ces diverses prestations, de par sa nature originale, fasse l'objet d'un contrat distinct. Quoique formellement distincts, ces contrats, du fait de leur commune raison d'être économique, constituent un tout indivisible (39). Plus souvent (40), un contrat unique est conclu soit avec une seule entreprise qui confie certaines prestations à des sous-traitants (41) (groupement dit vertical), soit avec plusieurs entreprises réunies en consortium(42) (groupement dit horizontal) (43).

27. Cette division des tâches peut nuire au maître d'oeuvre.A qui, en effet, imputer le défaut constaté, alors que toutes les obligations interfèrent et que chaque entrepreneur peut invoquer la responsabilité des autres? Les prestations de chaque entrepreneur forment un tout et il peut être extrêmement difficile de déterminer le responsable du dommage (44). Ainsi attaqué par le maître d'oeuvre, l'architecte incriminera la mauvaise qualité des produits utilisés par l'entreprise de construction, cette dernière se retournant alors contre le fournisseur. En outre, les problèmes juridictionnels (45) qui peuvent surgir lorsque les personnes en cause sont de différentes nationalités sont susceptiblesd'aggraver l'inquiétude du maître d'oeuvre.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

28. Ainsi, plus l'opération devient complexe et s'étire dans le temps, plus ses risques augmentent et plus le besoin de garantie grandit. Il convient donc de concevoir et d'instituer des formes de garanties adaptées aux risques spécifiques issus de la durée et de la complexité des opérations couvertes. L'étude de l'évolution de l'intervention bancaire dans le commerce international va montrer la réponse à ce besoin d'adaptation.

CHAPITRE II: L'INTERVENTION BANCAIRE DANS LES OPÉRATIONS DU COMMERCE INTERNATIONAL.

29. L'intervention bancaire dans les opérations du commerce international se justifie aisément. La banque est ce tiers dont la solvabilité est indiscutable; il est bien connu des deux parties et le fait qu'il ne participe pas directement à l'opération lui confère cette neutralité recherchée par les partenaires.

Economiquement, la banque intervient de deux manières: soit elle crée un moyen de paiement; soit elle émet une garantie. Le moyen de paiement est un engagement principal: la banque se substitue aux obligations de l'une des parties. La garantie est un engagement subsidiaire:la banque n'interviendra (46) qu'exceptionnellement au cas où l'une des parties n'exécute pas ses engagements.

Un bref historique de l'intervention bancaire dans ces opérations mettra en évidence l'adaptation progressive de cette intervention à l'évolution des opérations commerciales internationales, replacera la garantie automatique dans ce contexte et en apportera une première explication.

Historiquement, l'intervention bancaire s'est profondément modifiée avec l'apparition des opérations complexes dont nous avons énuméré les risques.

Section 1: L'intervention bancaire dans les opérations à exécution instantanée du commerce international: De l'acceptation bancaire au crédit documentaire.

30. Les premières opérations du commerce international sont des opérations simples: achats de matières premières, de céréales, etc... Contre remise des fournitures, l'importateur s'engage à payer une somme déterminée. Ces opérations simples de type achat-vente sont dites "self-liquidating": leur exécution est instantanée. Elles se décomposent en deux prestations: la prestation à charge du fournisseur -l'exportateur- de livrer la marchandise en quantité et en qualité convenues; la prestation de l'importateur de payer la somme stipulée au contrat.

31. Les premières interventions bancaires apparaissent vers 1650 en Angleterre. Au départ, elles concernent exclusivement l'obligation de paiement de l'importateur et constituent des moyens de paiement. Cela s'explique par le fait qu'à l'époque, l'Angleterre est un pays importateur de matières premières et de produits agricoles. L'exportateur est donc en position de force et l'acceptation bancaire est un premier essai de solution, mais qui consacre le déséquilibre à l'avantage de l'exportateur.

Progressivement, avec le rétablissement de l'équilibre des forces entre acheteur et vendeur, on abandonne cette solution au profit d'une solution nouvelle, plus équitable, qui assure les intérêts minima de l'importateur: la lettre de crédit documentaire ou crédit documentaire. Avec l'ampleur des opérations, apparaît ensuite une première forme de

garantie: la garantie de restitution d'acompte. Dans ce cas, la banque ne crée plus un moyen de paiement principal, mais souscrit un engagement subsidiaire.

Article 1: L'acceptation bancaire.

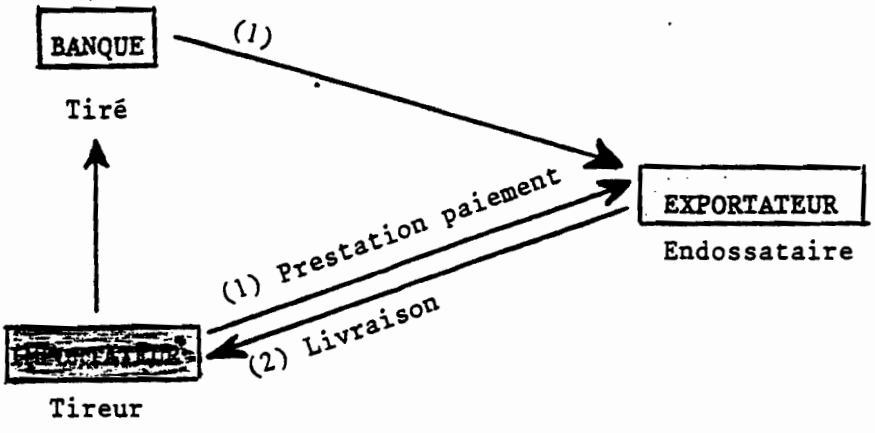
§1 Le mécanisme.

32 La lenteur des transports au siècle passé explique le désir de l'importateur d'obtenir un crédit pour le paiement. L'emploi de la lettre de change permet de le satisfaire. Encore faut-il que l'exportateur puisse, sans attendre, se procurer des liquidités en endossant la traite à un tiers. Mais, l'endossement pose un problème: en effet, le tiers ignorant la solvabilité de l'importateur, accepte difficilement l'endossement.

33 Par l'acceptation bancaire (47), le "Merchant Banker" anglais résout cette difficulté. Il substitue au crédit douteux du client son propre crédit (48). "Il prête ainsi son nom et son "standing" de manière telle que l'effet pourra être négocié ensuite à des conditions intéressantes".(49) L'importateur tire donc la traite sur sa banque; l'exportateur accepte l'endossement, car soit il est assuré de trouver des endossataires ultérieurs confiants dans la solvabilité du tiré, soit de toute façon, il est certain de ne se voir opposer, dans son recours contre la banque, aucune exception relative à l'exécution de ses obligations envers l'importateur.

Le schéma suivant illustre le mécanisme décrit:

Schéma 1: Acceptation bancaire.



§2 Les inconvénients du système.

34. L'acceptation bancaire couvre parfaitement l'exportateur qui dispose d'une certitude de paiement. En effet, la loi lui permet de ne craindre en aucune manière les contestations de son client fondées sur la mauvaise foi. exécution de la prestation commerciale.

L'importateur, par contre, ne peut exciper du fait que la livraison n'a pas eu lieu,ni du fait que l'objet fourni ne correspond ni à la qualité ni à la quantité convenues. Certes, il peut recourir aux juridictions pour faire constater cette inexécution des obligations, mais nous avons souligné les difficultés d'un tel recours (50). Les parties chercheront donc une solution plus équitable.

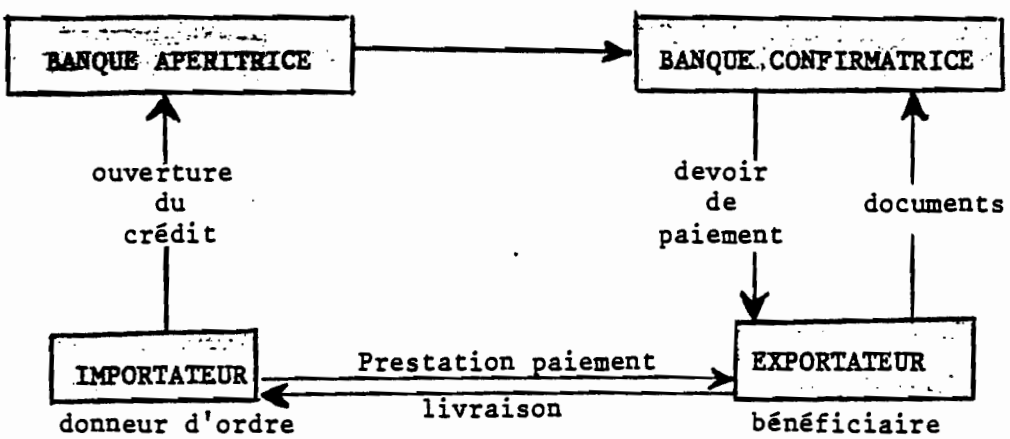
Article 2: Le crédit documentaire.

§1 Le mécanisme.

35. L'essence (51) du crédit documentaire consiste à garantir au bénéficiaire le paiement contre remise de documents (Kassa gegen Dokumente)(52) dont la nature est de faire présumer la bonne exécution par celui-ci de ses obligations envers le donneur d'ordre du crédit documentaire. L'exportateur, bénéficiaire du crédit documentaire, n'a droit au paiement ou au moyen de paiement (53) de la banque émettrice ou confirmatrice du crédit documentaire que s'il est en mesure de justifier, au moins apparemment, la bonne exécution de sa prestation. Cette justification apparente est réalisée par la présentation à la banque de documents prédéterminés par les parties: les certificats de qualité attestent la conformité de la marchandise fournie par rapport à celle convenue; le connaissement, la lettre de voiture ou autre titre de transport rendent vraisemblable l'embarquement de la marchandise voire son arrivée à destination; enfin, d'autres documents répondront aux exigences spécifiques des parties sur tel point précis de l'exécution de leur contrat (54). La banque ou les banques se limiteront à vérifier la stricte conformité des documents aux stipulations de l'ouverture de crédit documentaire (55), sans pouvoir, en aucune manière, se référer au déroulement réel de l'opération pour retarder ou refuser le paiement(56).

36. Le schéma ci-dessous situe les diverses parties à l'opération "crédit documentaire".

Schéma 2 : Credoc



§2 Le crédit documentaire et les risques pris en charge.

37. Sur présentation des documents conformes, l'exportateur a droit au paiement. La banque ne peut opposer l'incapacité du donneur d'ordre de la rembourser (57) ni un différend porté par celui-ci devant une juridiction, relatif à l'inexécution par le bénéficiaire de ses obligations (58). De plus, la jurisprudence et la doctrine ont estimé que le bénéficiaire devait être également couvert contre certains risques politiques. Ainsi, le bénéficiaire a droit au paiement par la banque confirmatrice nonobstant toute interdiction de sorties de devises (59), embargo (60), voire même guerre déclarée entre les états des parties au contrat (61).

38. Si la construction du crédit documentaire protège les intérêts de l'exportateur, elle rassure également l'importateur qui, en principe, peut se fier aux documents présentés. Quant à la banque, elle ne sort pas de son rôle financier et ne doit pas être l'arbitre de l'opération commerciale (62). En outre, la possession des documents par la banque constitue pour elle une forte garantie dans son recours en remboursement contre l'importateur, donneur d'ordre.

Le fait que le crédit documentaire réalise un équilibre parfait(63) des intérêts des différentes parties à une opération simple du commerce international (banquier, importateur et exportateur) explique le succès de sa pratique et le besoin de codifier les règles de son usage. Les règles et usances de la CCI (64) régulièrement revues, répondent à ce besoin.

Article 3: La garantie de restitution d'acompte.(65)

§1 Le mécanisme

39. Lorsqu'il s'agit de l'acquisition d'un matériel sophistiqué(66), lorsque l'opération de fournitures porte sur un certain montant, l'exportateur peut réclamer de l'importateur le paiement d'un acompte destiné à financer la fabrication de la machine ou la production des biens stipulés au contrat. Ce paiement se fait par une "clean" letter of credit. Le montant du crédit documentaire qui suivra sera donc le montant total des fournitures, déduction faite de l'acompte.

Si l'opération ne se réalise pas (67), l'importateur veut avoir la certitude du remboursement de son avance. Dans ce but, il réclame, en

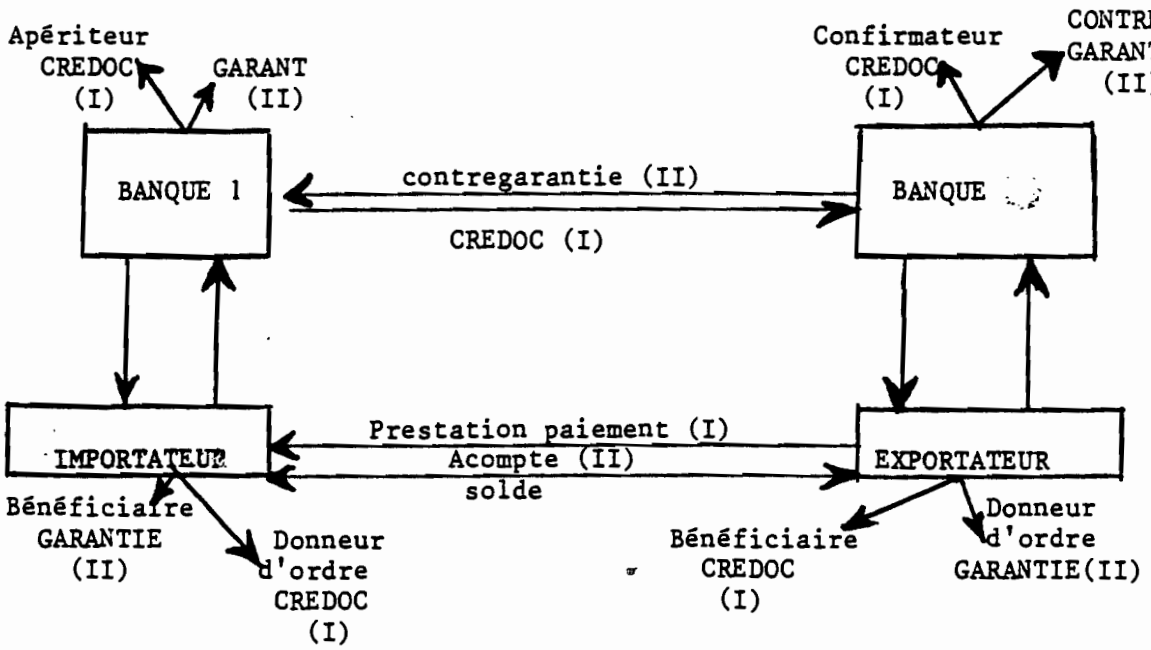
contrepartie de la délivrance d'un crédit documentaire la délivrance d'une garantie de restitution d'acompte. Les règles et usances de la CCI relatives aux garanties contractuelles (68), définissent comme suit la garantie de restitution ou de remboursement d'acompte:

> *"engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie par lequel le garant s'oblige au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire toutes sommes ou sommes avancées ou payées par le bénéficiare au donneur d'ordre et non remboursées par ailleurs, à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué".* (69)

Cette garantie sera généralement émise par la banque du pays de l'importateur et contregarantie par la banque du pays de l'exportateur(70).

L'importateur, donneur d'ordre du crédit documentaire, est alors en même temps bénéficiaire de la garantie de restitution d'acompte.

Schéma 3: La garantie de restitution d'acompte et le crédit documentaire.



N.B.: (I) = circuit du crédit documentaire
(II) = circuit de la garantie

§2. La particularité.

40. L'importateur qui a donné à l'exportateur un droit au paiement, autonome par rapport à l'exact déroulement de l'opération commerciale, entend en contre-partie bénéficier d'un droit à la garantie ayant même caractéristique. En d'autres termes, il entend ne pas devoir apporter au garant la preuve que l'exportateur n'a pas accompli ses prestations et que, dès lors, le contrat avec l'exportateur l'autorise à exiger la restitution d'acompte. Nous reviendrons sur les diverses clauses par lesquelles l'importateur cherche à consacrer cette indépendance de la garantie par rapport à l'opération de base (71).

Au prorata de son exécution du marché,l'exportateur peut souhaiter une réduction progressive du montant de la garantie. Mais, pour les raisons déjà exposées, l'importateur refusera des clauses qui lui imposeraient la charge d'établir la part du marché non encore exécutée (72). La clause de réduction "au prorata du marché accompli" suppose donc que certains documents puissent établir avec précision pour la banque garante l'exécution progressive du marché. Il s'agira souvent des documents prévus dans le cadre de crédits documentaires ouverts pour le paiement des fournitures progressives. Ce fait atteste la complémentarité du crédit documentaire et de la garantie bancaire de restitution d'acompte dans les opérations simples du commerce international. Mais les opérations commerciales internationales,se faisant de plus en plus complexes,vont faire apparaître les limites du crédit documentaire comme moyen de paiement et rendre nécessaire l'invention de formes nouvelles de garantie .

Section 2: L'intervention bancaire dans les opérations complexes du commerce international et les formes nouvelles de garantie.

Article 1: De l'opération à exécution instantanée à l'opération de durée: le contrat de construction d'ensembles industriels.

41. Ces dernières décennies ont connu en même temps qu'une croissance du commerce international, une modification profonde de la nature des opérations conclues, modification qui s'explique par la personnalité des contractants. Les états du tiers-monde cherchent à développer leur infrastructure industrielle, leurs capacités techniques et leur potentiel technologique (73), au moyen de contrats de grande ampleur portant sur la création d'industries, le développement de cités ou la construction de voies de transport.

A cette fin, l'état ou les organismes paraétatiques contractent avec une société ou un groupement de sociétés. Cette société ou ce groupement représenté par un chef de file s'engage à une série de prestations qui vont de la simple fourniture d'équipements à la construction d'édifices, au transfert de technologie, voire à la formation du personnel, à la maintenance du matériel (74), le tout s'échelonnant sur plusieurs années. Il va de soi que cette société ou ce groupement s'entoureront d'une série de sous-traitants qui prendront en charge la réalisation de prestations partielles.

Ces contrats d'infrastructure technique ou de "constructions d'ensembles industriels" non seulement déterminent le contenu de chacune des prestations à exécuter, mais en outre mettent en place des mécanismes bancaires de paiement et de garantie.

Article 2: Les mécanismes de paiement.

42. Nous avons décrit (75) le crédit documentaire. Il intervient comme moyen de paiement lors d'opérations simples pour lesquelles la représentation documentaire s'impose: les titres de transports de marchandises, les certificats de qualité , les factures sont autant de documents qui attestent l'exécution d'une obligation telle que la livraison de biens.

Or, la fourniture de marchandises ou d'équipements ne représente qu'une part infime des prestations de l'ensemblier. Pour les autres prestations, on imagine mal les documents qui pourraient être fournis. Ainsi, quel document attestera que l'ensemblier a apparemment satisfait à son obligation de former du personnel? Quel document démontrera que la conception de l'usine répond bien aux dernières découvertes technologiques? Là où des documents pourraient être produits -ainsi pour la réception provisoire des travaux ou l'ordre de mise en marche- l'exportateur craindra la mauvaise foi de l'importateur. Quant à faire appel à l'appréciation d'experts "neutres", leur choix et la définition de leur mission poseront des problèmes délicats.

43. C'est pourquoi les contrats prévoient comme mécanismes de paiement, outre l'émission de véritables crédits documentaires pour la fourniture des biens d'équipements, d'autres moyens: lettres de change irrévocables acceptées ou endossées (76) par une banque du pays de l'ensemblier et payables à certaines échéances préfixées correspondant aux différentes étapes(77) prévues de l'exécution du contrat; "clean letters of credit" qui, tout en présentant un mécanisme analogue à celui du crédit documentaire, s'en écartent par le fait que leur paiement ne s'accompagne de la remise d'aucun véritable document, mais s'effectue à la simple demande non motivée

de l'exportateur bénéficiaire (78).

La clause "Isabel" (79) de plus en plus fréquemment employée dans les contrats à la grande exportation, illustre le souci de l'exportateur-entrepreneur:

" *Les traites une fois remises à l'entrepreneur constitueront des titres de créance irrévocables et inconditionnels dont le paiement à leur échéance ne pourra être retardé ni refusé pour quelque motif que ce soit, étant donné que toutes obligations généralement quelconques de l'entrepreneur tellesque ces obligations sont stipulées au présent contrat, sont réputées couvertes par les garanties bancaires et les pénalités prévues à cet effet* (80". (81)

Ainsi, les mécanismes de paiement prévus au profit de l'exportateur se révèlent particulièrement contraignants et on conçoit aisément qu'en contrepartie de ces mécanismesde paiement, l'importateur désire être certain de l'exécution et de la qualité de la prestation de l'exportateur. Il prévoira pour cela des mécanismesde garantie que le plus souvent, en tant qu'organisme étatique ou paraétatique, il imposera à son contractant privé par des textes réglementaires (82).

Article 3: Les mécanismes de garantie dans l'opération de durée.

44 L'approche des mécanismes de garantie peut se faire de plusieurs façons. Premièrement, les différentes étapes de l'opération commerciale internationale exigent la mise en place de différentes formes de garantie. Deuxièmement, le schéma simple de la garantie bancaire peut se compliquer par l'intervention de différentes banques. Cette intervention se justifie soit par les préoccupations du bénéficiaire de la garantie, soit par la multiplication des parties à l'opération commerciale internationale. Troisièmement, quelque soit le schéma mis en place, les clauses d'appel à la garantie peuvent varier. L'examen de ces clauses fera apparaître la notion de garantie bancaire automatique.

§1 Les différents types de garantie selon les stades de l'opération.

45. La garantie bancaire peut être nécessaire à divers moments de la réalisation de l'opération commerciale du commerce international. Ainsi, le paiement des droits de douane peut être couvert par une garantie bancaire. Mais nous n'envisagerons pas ces garanties particulières et nous nous contenterons de reprendre les cinq types de garanties généralement émises par l'exportateur envers le bénéficiaire lors d'un contrat à la grande exportatic à savoir: la garantie de soumission, celle de restitution d'acompte, celle de bonne exécution, celle dite de retenue, celle, enfin, de maintenance. Notre présentation suivra l'ordre temporel dans lequel ces types de garanties sont exigés par le développement de l'opération commerciale de base. Il est évident que chaque opération commerciale internationale même importante n'implique pas nécessairement l'émission des cinq garanties; il suffit qu'elle puisse l'impliquer.

A. La garantie de soumission ou d'offre(83)

46 Le premier stade d'une opération commerciale internationale de grande envergure est celui de la négociation, des pourparlers , généralement sur base d'un appel d'offres ou d'un cahier des charges émanant de l'administration, maître d'oeuvre. Nous avons insisté sur la longueur de ces pourparlers et sur l'intérêt du maître d'oeuvre à être rassuré quant au sérieux de son interlocuteur . A cette préoccupation répond la garantie de soumission. (84) Le But de la garantie de soumission n'est donc pas uniquement de prémunir le maître de l'ouvrage contre les soumissions téméraires d'entrepreneurs qui n'auraient pas les moyens techniques et financiers (85) d'exécuter les

travaux ou de déposer les garanties de bonne exécution (86); elle crée en outre une protection du maître d'oeuvre contre tout comportement abusif du donneur d'ordre de cette garantie, l'exportateur, dans la conduite des négociation qui mènent à la rédaction définitive du contrat (87).

47 Notons la définition donnée par la CCI:

"La garantie de soumission désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie ("le garant"), ou pris sur les instructions d'une banque...habilitée à cet effet par le donneur d'ordre ("la partie donnant les instructions") vis-à-vis d'une partie ayant émis un appel d'offres ("le bénéficiaire")par lequel le garant s'oblige- en cas de manquement du donneur d'ordre aux prestations découlant de sa soumission- à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué (88)."

B. La garantie de restitution d'acompte(89)

48 *"Il est d'usage que le maître d'ouvrage verse, dès la signature du contrat , un acompte substantiel allant souvent jusqu'à 20 % (parfois 25%) du prix de l'entreprise pour préfinancer les achats de matériels, les avances exigées par les sous-traitants et fournisseurs. Cet acompte sera déduit au fur et à mesure des facturations."*

"En contrepartie, il est d'usage que l'entrepreneur fournisse au maître de l'oivrage une garantie bancaire assurant la restitution de l'acompte si une faillite, un cas fortuit ou une autre cause empêchaient le déroulement normal des travaux."(90)

La garantie de restitution d'acompte désigne selon les règles uniformes de la CCI :

"un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie ("le garant"), à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un entrepreneur ("le donneur d'ordre") ou pris sur

les instructions d'une banque..., habilitée à cet effet par le donneur d'ordre ("la partie donnant les instructions"), par lequel le garant s'oblige -au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser- conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire ("le contrat"), toute somme ou sommes avancées ou payées par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursées par ailleurs- à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué".(91)

49. Le montant de cette garantie est important. Il est souvent exprimé en pourcentage de l'ensemble de la valeur du marché et est fonction du type de marché (92). Nous avons signalé que cette garantie pouvait intervenir dans des opérations simples, telles que l'achat de fournitures (93). On peut noter que la pratique de la réduction progressive du montant de la garantie de restitution -pratique déjà relevée pour ces opérations simples- est aussi fréquente dans les opérations complexes, encore que plus malaisée. La remise des documents constitue , dans les opérations simples, une excellente preuve de l'exécution progressive du contrat de fourniture. De tels documents n'existent plus dans l'opération complexe. Mais des solutions pratiques peuvent être trouvées. Une solution serait la réduction du montant de la garantie au prorata des paiements effectués par le maître d'oeuvre et sur production de documents attestant lesdits paiements (94).

C. La garantie de bonne exécution (95)

50. C'est à propos de ce troisième type de garantie que les difficultés se sont révélées. Nous nous étendrons ultérieurement sur la signification de cette garantie de bonne exécution, signification qui doit être dégagée de l'examen de l'équilibre contractuel mis en place par les parties à l'opération de base (96).

La CCI (97) donne de la garantie de bonne exécution ou de bonne foi la définition suivante:

"désigne un engagement pris par une banque, une compagnie d'assurances ou une autre partie ("le garant"),à la demande d'un fournisseur de biens ou de services ou d'un autre entrepreneur ("le donneur d'ordre") ou sur les instructions d'une banque..., habilitée à cet effet par le donneur d'ordre ("la partie donnant des instructions") vis à vis d'un acheteur ou d'un maître d'ouvrage ("le bénéficiaire"), par lequel le garant s'oblige -au cas où le donneur d'ordre n'exécuterait pas dûment un contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, dans les limites d'un montant indiqué ou, si la garantie le prévoit, au choix du garant, à assurer l'exécution du contrat".

51. Cette définition implique la distinction de deux pratiques de garanties de bonne exécution: celle qui se résout par le paiement d'une somme d'argent -garantie indemnitaire- et celle qui se résout par un paiement en nature (98). La seconde pratique, chère aux Bonding Companies anglo-saxonnes,est rare dans la pratique bancaire. Dans le cas du paiement en nature, le garant demande au bénéficiaire de trouver un nouveau constructeur, les charges de l'appel à ce nouveau contractant étant alors assuméespar le garant (99); ou bien le garant (Bonding Company) conclut avec le nouveau constructeur et le bénéficiaire un "takeover agreement" par lequel il se substitue au bénéficiaire de la garantie pour les réglements au nouveau constructeur, à condition d'être réglé lui-même directement par le bénéficiaire à concurrence des sommes qui restaient à payer au donneur d'ordre en vertu de l'ancien contrat (100). Une telle exécution en nature couvre tous les frais: c'est une garantie 100%.

Les garanties indemnitaires, au contraire, sont données pour une partie fixée proportionnellement à la valeur du marché. Les taux varient entre 5 et 20%, le plus souvent 10%.

52 Certains auteurs (101) signalent l'existence de la "Completion Guarantee" dont l'objet est de prolonger la garantie de bonne exécution lorsque celle-ci est à durée déterminée et que, à son expiration, les travaux dont l'exécution est garantie ne sont pas achevés.

D. La garantie de retenue (102) et la garantie de maintenance (103).

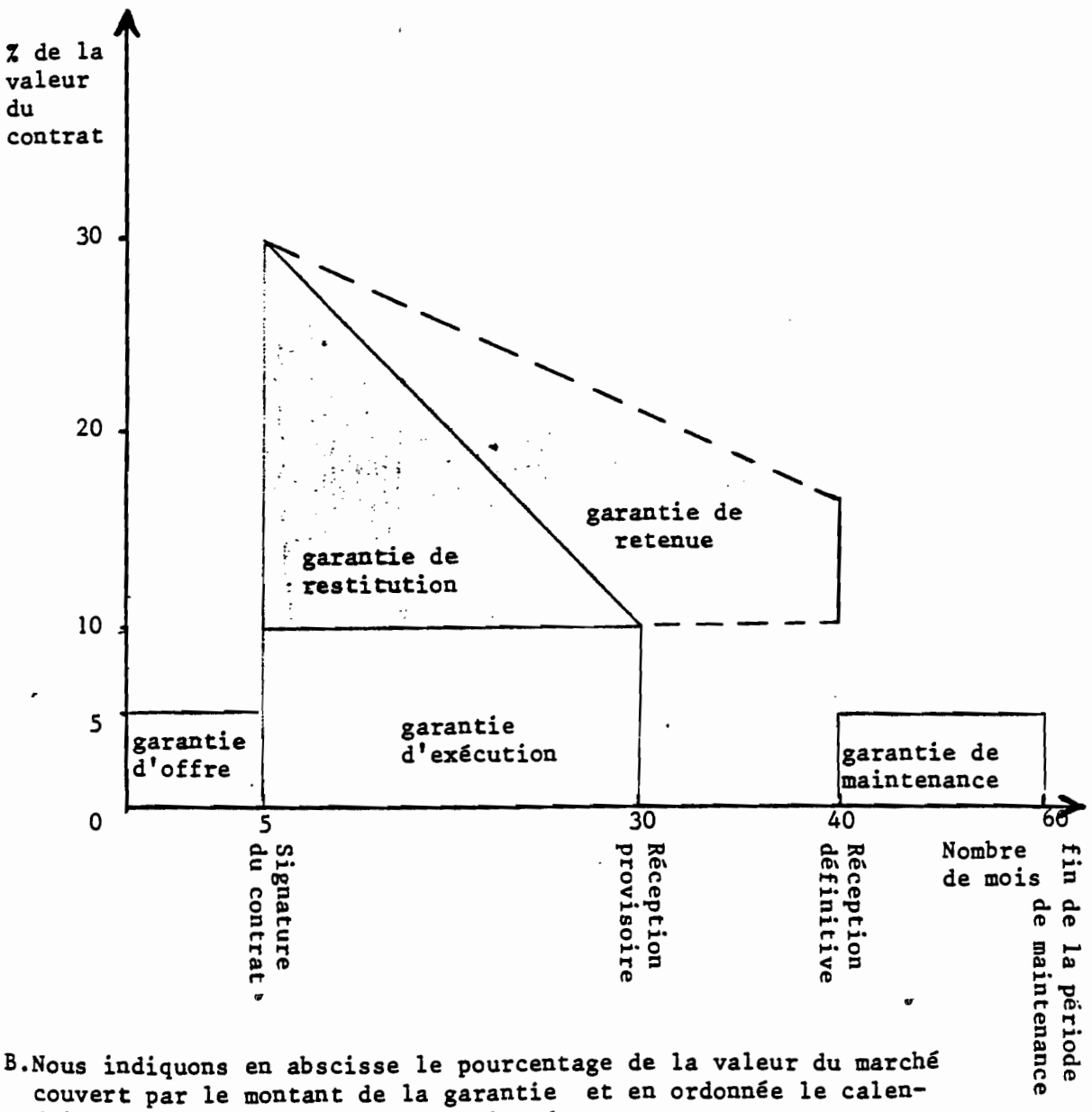
53 Principalement donnée pour des contrats de génie civil ou d'usines clé sur porte, la garantie de retenue assure à l'exportateur le paiement complet du marché dès la réception provisoire de sa prestation. Souvent, dans les contrats étudiés, l'acheteur retient sur chaque paiement partiel, un certain pourcentage (5 ou 10%) en attendant la réception définitive de l'ouvrage(104). Le "Retention Money Bond" évite à l'exportateur cette retenue (105).

54 Fort proche de la garantie de retenue, le "Maintenance Bond" est plus spécifique aux contrats"produit en main" ou "clé en main" "lourd". Dans ces contrats,l'exportateur accepte de veiller au fonctionnement de l'entreprise. Le "Maintenance Bond" a pour objet de garantir, durant les premières années d'exercice, le maintien des conditions originelles de fonctionnement contre tous vices ou anomalies de contruction ou de fonctionnement qui apparaîtraient (106) après la réception définitive.

E. Remarques finales.

55. L'émission des garanties aux différents stades de l'opération commerciale peut être schématisée par le tableau suivant (107).

Schéma 4.: Tableau final des différentes garanties.



N.B. Nous indiquons en abscisse le pourcentage de la valeur du marché couvert par le montant de la garantie et en ordonnée le calendrier de la réalisation progressive du contrat.

Les chiffres sont purement imaginaires.

56 Toute opération commerciale internationale, même de grande envergure, n'implique pas nécessairement l'émission des cinq formes de garanties. Ainsi, le contrat "clé en main" n'inclut pas la garantie de maintenance. La garantie de bonne fin peut être la seule garantie émise pour l'ensemble de la période se situant entre la signature du contrat et la réception définitive. Dans cette hypothèse, la garantie de bonne fin assure les fonctions dévolues aux garanties de restitution d'acompte et à la garantie de retenue (108).

La décision de la cour d'appel de Paris du 5 juillet 1979 (109) concernait une autre hypothèse : pour la réalisation d'un marché public national, une seule garantie avait été constituée: celle dite de retenue. Les travaux n'étant pas terminés, la garant plaida que la garantie ne pouvait être appelée. La cour le condamna néanmoins:

> *"Le but même de la garantie est de protéger financièrement le maître contre les risques de la construction qui, s'ils se réalisent, peuvent faire l'objet de réserves. Le risque de panne dans les travaux est l'un des plus importants dans sa gravité, et, dans la conjoncture actuelle, dans sa fréquence. C'est celui qui fait courir le plus grand danger au maître de l'ouvrage; ce serait vider la garantie d'une grande partie de sa portée et de son efficacité que de refuser de la faire jouer dans le cas où l'entrepreneur, cessant ses activités, les travaux ne peuvent être achevés."*(110)

En d'autres termes, la garantie de retenue peut jouer le rôle de la garantie de bonne exécution lorsqu'elle est la seule garantie délivrée après la signature du contrat.

§2 Du schéma simple aux schémas complexes.

57 Nous ne nous attarderons guère à la description des différents schémas pour lesquels peut être représentée l'émission d'une garantie (111): nous nous

limiterons aux points dont la compréhension est nécessaire pour la suite de l'exposé. Rappelons que la complexité croissante du schéma tripartite -donneur d'ordre, garant, bénéficiaire- s'explique principalement (112) par deux raisons: l'une tient à la volonté du bénéficiaire de donner à une banque de son pays un rôle essentiel; l'autre tient à l'intervention fréquente de nombreuses parties dans la réalisation de la prestation, objet de l'opération.

A. Le schéma de base: l'opération triangulaire ou les rapports juridiques nécessaires.

58. L'octroi de toute garantie bancaire met en scène trois personnages et suppose l'existence entre eux d'au moins trois rapports juridiques, c'est pourquoi nous les qualifions de rapports nécessaires. Nous suivrons les appellations données par les règles uniformes de la CCI (113). Ces appellations ont le mérite de préciser le rôle économique de chacune des parties au regard de la garantie (114), indépendamment de toute connotation juridique.

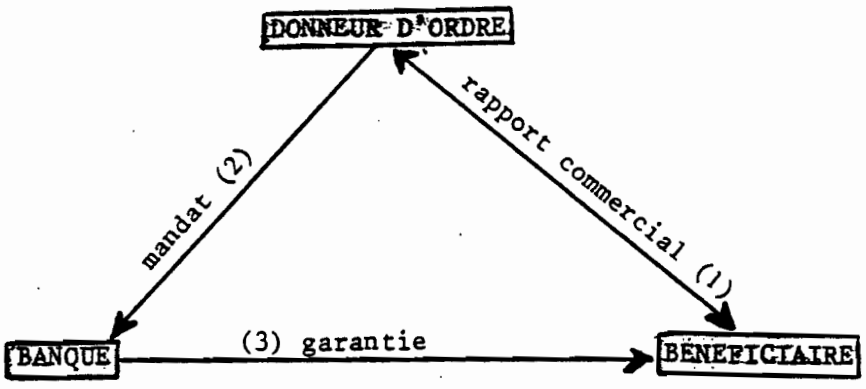
Ainsi, on a préferé qualifier l'exportateur, partie au contrat commercial, non point de "débiteur principal", mais, par référence à la délivrance de la garantie, de "donneur d'ordre"(115) sans s'inquiéter de l'existence ou non de sa position débitrice au regard de l'importateur (116).

De même, celui qui délivre la sûreté personnelle a été désigné comme "garant", peu importe l'exacte nature juridique de l'engagement pris et l'appellation concrète utilisée, qu'il s'agisse de garanties, cautionnements, sûretés ou engagements similaires. (117)

Enfin, la personne en faveur de laquelle l'engagement du garant est pris, l'importateur, ou du moins la personne pour qui le donneur d'ordre doit prester, est décrite comme le bénéficiaire de la garantie sans qu'il soit fait allusion à sa position de créancier ou non (118).

59. La présence de ces trois personnages donne lieu aux rapports suivants:

Schéma 5.: La garantie: les rapports nécessaires.



Décrivons ces trois rapports "nécessaires" suivant l'ordre temporel dans lequel ils se présentent en réalité: Le premier rapport concerne l'existence d'une relation commerciale entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Nous préférons le terme "relation ou opération commerciale" à celui de contrat. Premièrement, la garantie peut intervenir au stade précontractuel lors des pourparlers en réponse à une offre du contrat (119). Secondement, certaines garanties peuvent être réclamées alors même que le contrat est nul ou résolu (120). Ces deux raisons plaident pour une qualification purement économique du rapport de base exempt de toute connotation juridique. Ce rapport commercial de base peut être le montage d'usine, de travaux de génie civil, la fourniture de certains biens d'équipements, etc(121).

C'est à l'occasion de ce premier rapport que l'étranger, futur bénéficiaire de la garantie, prend soin d'exiger la délivrance d'une garantie, généralement par l'insertion de clauses prérédigées par le bénéficiaire (122) et imposées au donneur d'ordre (123), condition de la poursuite de la relation commerciale.

60. Le second rapport est le "mandat" au sens économique du terme (124) par lequel le donneur d'ordre, en principe dans le cadre de l'ouverture de crédit bancaire général, parfois plus précisément dans le cadre d'une ligne de crédit "garantie" (125), exceptionnellement en dehors des rapports contractuels habituels (126), demande à son banquier l'émission d'une sûreté personnelle dont le texte à été prérédigé par les parties au rapport commercial de base (127).

Le troisième rapport est la garantie émise (128) par le banquier, mandataire de l'exportateur, envers le bénéficiaire importateur pour la couverture des risques liés à l'opération commerciale de base ou plus précisément, comme nous le verrons plus loin, à un stade particulier de cette opération commerciale de base.

Ce schéma tripartite simplifié de l'opération dite de garantie est souvent complété.

B. L'intervention de la banque du bénéficiaire.

61. Les administrations publiques de nombreux pays et non seulement celles des pays en voie de développement, plus rarement les bénéficiaires privés, exigent que la garantie soit, leur soit délivrée (129), soit du moins leur soit notifiée par une banque de leur pays. Examinons d'abord la seconde hypothèse, la moins lourde pour le donneur d'ordre.

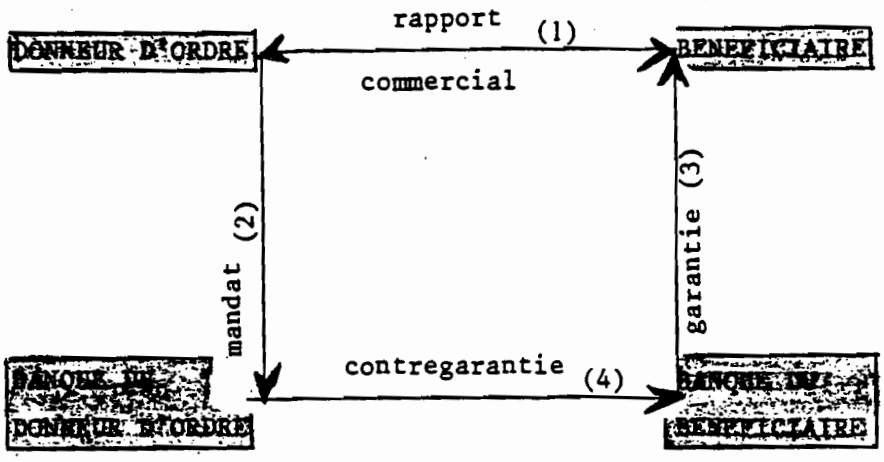
Dans la seconde hypothèse, celle dite de la notification, par analogie avec le rôle joué par la banque "notificatrice" dans le crédit documentaire, la garantie reste émise par le banquier de l'exportateur mais transite par une banque locale dont le rôle est limité à l'envoi des documents éventuellement prévus pour le déclenchement de la garantie et à la transmission du paiement de la garantie.

Un système à peine différent de cette hypothèse est pratiqué par certains pays en voie de développement, tel l'Arabie Séoudite; il est appelé (130) "Local Mediator System" et se caractérise par le fait, qu'outre le rôle de notification, la banque locale a le devoir d'assurer certains contrôles administratifs (131) lors de la réception de la garantie.

La première hypothèse, celle d'une garantie émise directement par la banque locale, est plus fréquente. Dans ce cas là, la banque du donneur d'ordre invite la banque locale (du pays bénéficiaire)(132) à émettre la garantie et est priée par cette dernière à "contregarantir" la garantie ainsi délivrée, selon la formule suivante: "Nous nous engageons à verser à vos caisses, le montant de cette garantie sur première demande écrite de votre part" ou une formule correspondante (133) qui assure à la banque garante un droit automatique (134) au remboursement par la banque du donneur d'ordre.

62. La contregarantie offerte par la banque du donneur d'ordre à la banque du bénéficiaire est un rapport purement interbancaire dont la prise en considération nous amène à compléter le schéma 5.

Schéma 6: L'intervention de la banque du bénéficiaire.



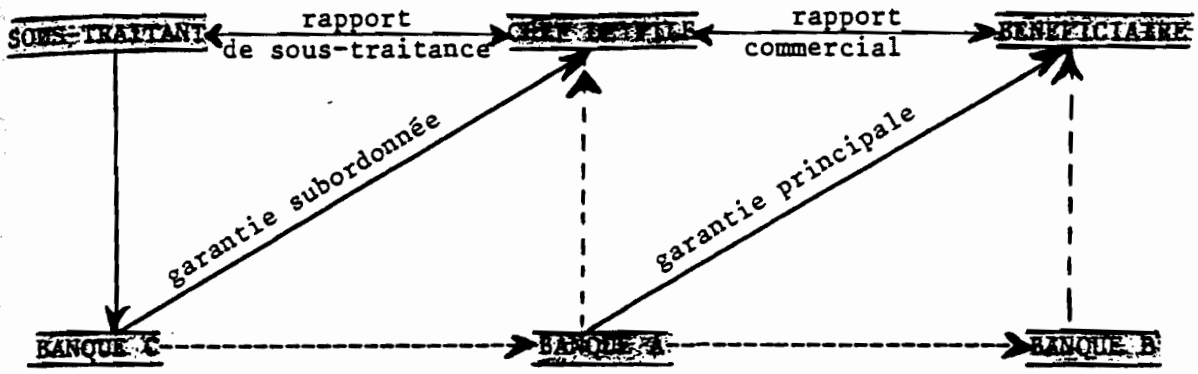
Nous aurons l'occasion de souligner les difficultés juridiques qu'entraîne l'intervention de ce quatrième partenaire (135). A cet égard, il est regrettable que les Règles uniformes proposées par la CCI se soient contentées de réfléchir sur le seul schéma simplifié, ignorant l'existence fréquente d'un quatrième intervenant.

C. Les garanties "subordonnées".

63. Nous avons souligné que les gros marchés internationaux, tant par le volume des transactions que par la diversification des travaux proposés, exigent la collaboration de plusieurs entreprises, soit comme entreprises conjointes, soit comme sous-traitantes. Seul le chef de file, l'engineer ou ensemblier est appelé à émettre la garantie en faveur du bénéficiaire. Aussi, exigera-t-il souvent des autres parties, entreprises conjointes ou sous-traitantes, une garantie que nous qualifions de "subordonnée".

L'émission de cette garantie permet de construire le schéma suivant:

Schéma 7: L'émission de garanties subordonnées.(137)



§3 Une forme originale de la garantie du commerce international:
La garantie bancaire "automatique.

A. Présentation de la question.

64. La garantie bancaire automatique est la garantie payable par la banque à la demande du bénéficiaire, sans présentation par celui-ci d'une preuve effective ou documentaire d'une quelconque défaillance du donneur d'ordre. Nous nous sommes expliqués ailleurs sur la préférence accordée à la dénomination "garantie automatique"(138).

La pratique de la garantie automatique est largement diffusée. Elle est de pratique courante dans les contrats clé en main(139). Elle est en outre employée par la plupart des réglementations des pays du tiers monde (140).

La diffusion de la garantie automatique n'empêche pas qu'elle soit contestée. Notre introduction (141) a fait état de cette contestation: le caractère automatique de ce que Monsieur Bellis a appelé la "garantie gâchette"(142) fait craindre les abus des bénéficiaires (143). On connaît la position de la CCI à ce propos:

> *"On a été soucieux, en posant le principe de justifier toute demande de réalisation de garantie, de moraliser la pratique des garanties. On espère ainsi permettre au commerce international de se développer dans une atmosphère de confiance. C'est pourquoi il n'a pas été estimé souhaitable d'inclure des règles spéciales applicables aux garanties dites simple ou à première demande, en vertu desquelles les demandes sont à satisfaire sans présentation d'une preuve de leur bien-fondé".* (144)

Nous ne pouvons envisager ici les différentes solutions proposées par certains milieux (145). Nous voudrions simplement situer la clause d'automaticité par rapport aux autres types de clauses d'appel à la garantie avant d'en rechercher les justifications.

B. Les différentes clauses d'appel à la garantie

65. Lors du colloque de Tours, nous proposions une classification des clauses d'appel à la garantie et nous les regroupions en trois catégories: certaines clauses lient l'appel à la garantie à une reconnaissance juridictionnelle de l'inexécution par l'exportateur de ses obligations contractuelles (146), d'autres clauses limitent les risques d'appel abusif par la production de documents (147)- certificats d'experts ou déclarations de tiers (148)- tout en permettant aux banquiers de conserver une parfaite neutralité; d'autres clauses, enfin, autorisent le paiement sur base d'une attestation du bénéficiaire, avec ou sans énumération

des griefs (149). Cette troisième catégorie englobe la garantie automatique.

Le premier type de clause ne protège pas le bénéficiaire contre la mauvaise foi du donneur d'ordre. Ce dernier peut toujours se réfugier derrière l'affirmation qu'il a parfaitement exécuté ses obligations et dès lors exiger du bénéficiaire la preuve du bien-fondé de son appel à la garantie.

66. Le précédent du crédit documentaire -parfait équilibre d'intérêts entre les trois parties à l'opération commerciale internationale (150)- incite à préférer le second type de clause. Les documents protègent le donneur d'ordre de la mauvaise foi du bénéficiairepermettent au garant de faire face à son engagement sans être mêlé aux conflits éventuels entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre et enfin ôtent au bénéficiaire la charge de la preuve de l'inexécution des obligations du donneur d'ordre. Nous ne pouvons cependant accepter cette préférence. En effet, les documents dans le crédit documentaire sont, par nature, différents de ceux que l'on peut envisager dans la garantie.

Dans le crédit documentaire, le rôle des documents est d'établir, au moins apparemment, l'existence d'événements positifs dont l'arrivée est plus ou moins facilement déterminable dans le temps et dans l'espace. Il s'agit des titres de transports, des certificats de qualité, etc...

Dans la garantie, l'événement à représenter par le document est, par essence, négatif (l'exportateur n'a pas fait quelque chose). En outre, dans un contrat de durée et à caractère complexe, l'événement est difficilement déterminable à l'avance (151). Le défaut de réalisation de la prestation peut avoir différentes raisons: mauvaise conception des travaux, emploi d'une technologie dépassée, productivité insuffisante, formation du personnel déficiente, manque d'efforts de la part du donneur d'ordre pour surmonter un événement

imprévu, etc... Ces quelques exemples témoignent de la difficulté de produire des documents qui rendent compte du mauvais déroulement de l'opération.Certes, on peut penser à la remise d'un certificat d'experts ou de tiers, mais leur mission peut être difficile à définir et surtout leur décision,dans la mesure où elle implique des jugements de qualité et de comportement,risque d'être sujette à discussion. En outre, le choix même du ou des experts peut être difficile: chaque partie appréhende la désignation de l'autre. Dès lors, si la garantie documentaire est en soi un moindre mal, il ne faut cependant pas sous-estimer les difficultés qu'elle entraîne.

C. Premières justifications de la garantie automatique

67. Les difficultés propres aux garanties documentaires peuvent être une première justification de la pratique des garanties automatiques. Nous voudrions cependant, au terme de cet examen de l'intervention bancaire dans les opérations du commerce international, en proposer une autre.

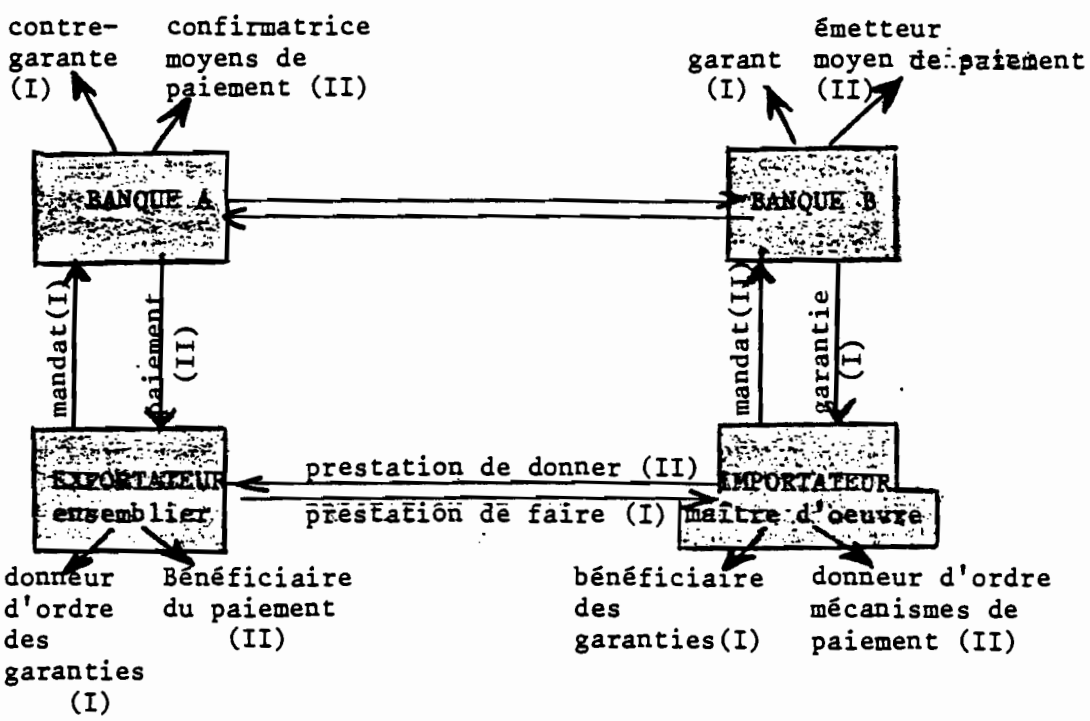
La garantie bancaire, du moins lorsqu'elle est émise aux différents stades d'une opération dite à la grande exportation, est la contrepartie des moyens de paiement irrévocables émis pour sa part par l'importateur. Cette complémentarité des institutions de paiement et de garantie automatique est mise en évidence par la clause "Isabel" dont nous reprenons le texte (152):

> *"les traites une fois remises à l'entrepreneur constitueront des titres de créances irrévocables et inconditionnels dont le paiement à leur échéance ne pourra être retardé ni refusé pour quelque motif que ce soit, étant donné(+) que toutes obligations généralement quelconques de l'entrepreneur, telles que ces obligations sont stipulées au présent contrat, sont réputées couvertes par les garanties bancaires et les pénalités prévues à cet effet".*

(+) Nous soulignons.

68. La délivrance de ces garanties suit donc un schéma inverse de celui mis en place par les mécanismes de paiement:

Schéma 8: Tableau final de l'intervention bancaire dans l'ensemble de l'opération commerciale.



L'automaticité des garanties n'est donc que la contrepartie de l'automaticité des moyens de paiements, chacune des parties renonçant dans l'immédiat à soulever aucune objection contre l'exécution des engagements bancaires (153).

(I) Circuit de la garantie
(II) Circuit des moyens de paiement.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

69. L'étude historique des interventions bancaires révèle l'équilibrage progressif de mécanismes protecteurs divergents.

A l'origine, l'exportateur, en position de force, veut obtenir le paiement de l'importateur indépendamment des aléas et des risques du marché. A cette fin, il sollicite l'intervention de la banque qui répond en recouvrant au moyen traditionnel de la traite: c'est l'acceptation bancaire. Mais cette institution rend l'importateur plus faible encore qu'il ne l'est déjà. Ce déforcement va assurer le succès d'un mécanisme nouveau, plus équitable déjà quoique toujours insuffisant, le crédit documentaire, amalgame de modes formalistes de preuve, de moyens de paiement et de sûretés.

Enfin, les opérations devenant de plus en plus complexes et de plus en plus étendues dans la durée, se développent, à partir du crédit documentaire, des formes variées de garanties, d'abord simplement contractuelles, bancaires ensuites. Toutes, elles tendent à infléchir vers un point d'équilibre acceptable le fléau de la balance des droits et des devoirs respectifs. Mais pareil équilibre ne résulte jamais que du contrepoids d'enjeux, de méfiances et de forces antagonistes. La tendance actuelle est de le réaliser sans retards comme sans contestes possibles, grâce au système de l'"automaticité".

CHAPITRE III : LA CLAUSE DE GARANTIE AUTOMATIQUE, SA PORTÉE ET SA SIGNIFICATION DANS LE CONTRAT COMMERCIAL.

70. De nombreux contrats dits à la grande exportation reprennent, parmi de nombreuses clauses -techniques, financières et autres- la clause de garantie bancaire parlaquelle le maître d'oeuvre bénéficiaire impose à l'entrepreneur l'émission d'une garantie voire d'une contregarantie bancaire en sa faveur. La signification de celle-ci dans l'ensemble de l'équilibre contractuel a été peu étudiée. Elle nous apparaît cependant comme la justification essentielle de l'automaticité de la garantie; elle introduit en même temps nos réflexions ultérieures sur les limites de l'automaticité de son paiement.

Section 1: L'équilibre contractuel mis en place dans les contrats à la grande exportation.

Article 1: La philosophie des contrats à la grande exportation.

71. La personnalité des maîtres d'oeuvre éclaire la philosophie des contrats dits à la grande exportation. La plupart des états en voie de développement réclament la réalisation de ces contrats dans le cadre de leur planification(154). Le contrat est conçu comme une nécessité pour le développement du pays et, constate Brabant (155), "l'entrepreneur chargé de la construction aura donc une responsabilité accrue, en cas de retard ou d'insuffisance des performances ou du résultat final".

Ainsi, le maître d'ouvrage accorde une importance énorme à l'obtention du résultat visé par l'opération. Le développement économique du pays en dépend.

Certes, il doit reconnaître que, dans des contrats d'une telle envergure, il est rare que le déroulement de l'opération ne se heurte à aucune contrainte, voire à aucune impossibilité d'exécution; cependant, "contre le retard et les défectuosités qui pourraient en résulter, le maître d'ouvrage essaie de se prémunir en prévoyant au contrat l'insertion de"garanties" de la bonne exécution des obligations".(156)

72. Les garanties incluses dans la convention des parties peuvent être qualifiées de garanties contractuelles. La plupart de ces garanties concernent uniquement les relations entre le maître d'oeuvre et l'entrepreneur: nous les appellerons les simples garanties contractuelles. D'autres prévoient l'intervention d'un tiers: c'est à leur propos que nous évoquerons le rôle de la garantie bancaire par rapport aux simples garanties contractuelles(157).

Ces simples garanties contractuelles sont diverses: elles peuvent consister en une obligation de comportement lors de la survenance de cas de force majeure ou d'imprévision (158); elles consisteront surtout en une globalisation, à charge d'une seule personne, l'ensemblier, de la responsabilité encourue pour les différentes prestations. Ces deux garanties contractuelles donnent à l'obligation de l'ensemblier une portée nouvelle qui n'est ni de moyen, ni de résultat mais plutôt "de comportement au regard du résultat(global)(+) à atteindre", comme le font remarquer Salem et Sanson (159).C'est au regard de ces garanties contractuelles que la garantie automatique délivrée par un tiers acquiert sa véritable signification(160).

(+) Nous ajoutons.

Article 2.: Les clauses de Hardship et de force majeure dans les grands contrats internationaux.

73. Nous avons insisté sur le fait que la durée du contrat multiplie les risques de force majeure et d'imprévision (161). Ce n'est pas le lieu d'étudier le contenu des multiples clauses contractuelles ni d'en dresser la classification (162), mais de dégager leur sens. En général, constate Brabant (163), à la suite des travaux du groupe de travail "Contrats Internationaux", les clauses de Hardship (164) stipulent au minimum:

> *"Au cas où, en cours d'exécution des travaux, surviendraient des événements ou des circonstances politiques, sociales, économiques, technologiques ou autres, imprévisibles pour les parties au moment de la signature du présent contrat, échappant à leur contrôle, et qui bouleverseraient l'équilibre des relations contractuelles ou rendraient pour l'une oul'autre des parties l'exécution des prestations prévues beaucoup plus onéreuses, la partie qui s'estimera lésée pourra demander la révision du dit contrat."*
>
> *"En ce cas, les parties prendront toutes les mesures nécessaires pour permettre la poursuite des travaux sans préjudice disproportionné pour l'un des contractants..."*(+)

74. De même, on estime que la survenance de la force majeure ne met pas forcément fin au contrat international. Souvent, la clause de force majeure suspend l'exécution du contrat :

> *"Pendant la durée de la force majeure, le présent contrat suspendra ses effets jusqu'au rétablissement normal de la situation."*

Elle refuse également aux parties le droit de réclamer des dommages et intérêts.

(+) Nous soulignons.

"Pour les retards et non-exécution des obligations dus à la force majeure, aucune partie ne peut réclamer à l'autre des pénalités, des intérêts ou tout autre dédommagement ou participation au préjudice souffert par elle à cause de la force majeure". (165)

En outre, la clause oblige chacune des parties

"à rétablir les conditions permettant la reprise de l'exécution":

"En cas de survenance d'une cause d'exonération, les parties examinent ensemble la situation nouvelle..." "Dans tous les cas, la partie concernée devra prendre toutes dispositions utiles pour assurer dans les plus brefs délais la reprise normale de l'exécution des obligations(+) affectées par le cas de force majeure et réduire au maximum le retard subi." (166)

Enfin, si l'événement de force majeure se prolonge au delà d'un certain délai (167), la clause prévoit souvent,non la possibilité de résiliation, mais l'obligation pour les parties de renégocier

"dans le but de prendre les mesures qui paraissent les plus appropriées pour atteindre le but du contrat."(168)

75. De la lecture de ces clauses, il ressort clairement que le maître de l'ouvrage redoute l'inachèvement des travaux entamés.

"Ce dont le client, le bénéficiaire de la garantie, a peur avant tout, c'est que le constructeur, l'ensemblier, quitte le chantier au bout d'un certain temps, sa mission étant remplie imparfaitement."(169)

Cette crainte, nous le verrons, explique la délivrance de la garantie automatique.

(+) Nous soulignons.

Article 3: La responsabilité globale de l'ensemblier et son évaluation forfaitaire.

76. La complexité de l'opération de génie civil ou de construction d'ensembles industriels implique la participation de nombreuses parties à la réalisation de l'opération. Nous avons insisté sur les risques qu'entraîne, pour le maître d'oeuvre, cette multiplication des prestations lors de la mise en cause de leurs responsabilités (170). La rédaction du contrat passé avec l'ensemblier (171), chef de file du consortium ou contractant unique,met à sa charge la responsabilité globale de l'ensemble de la conception, de la réalisation et du résultat de l'ouvrage. Ainsi, la clause suivante stipule:

> *"Le consortium garantit que les installations à fournir et à monter et les procédés employés seront appropriés à l'époque de l'acceptation des offres correspondantes, pour atteindre le résultat technique et économique recherché par le maître de l'oeuvre particulièrement en ce qui concerne la qualité et la quantité des produits intermédiaires et des produits finis, la consommation moyenne de matières premières, de combustibles, d'énergie électrique et d'autres matériaux employés dans le procédé de fabrication ainsi que l'utilisation économique de la main d'oeuvre, suivant les conditions des offres qui sont acceptées par le Maître de l'oeuvre."*
>
> *"Le responsabilité du Consortium s'étend à l'ensemble de toute l'installation de l'usine et à son fonctionnement dans les termes de l'alinéa précédent du présent article, et elle s'étend aussi aux parties qui n'auraient pas été fournies, construites ou montées par lui, s'il en a accepté la fourniture, la construction ou le montage du point de vue technique."*(172)

77. L'ensemblier est donc responsable du résultat final, peu importe l'activité des sous-traitants (173):

> *"D'une manière générale, la responsabilité du constructeur s'étendra à l'ensemble du complexe industriel, à ses installations, à sa gestion initiale* (174)*et aux travaux et prestations s'y rapportant, qu'ils aient*

été effectués ou rendus par le constructeur ou par ses sous-traitants. Le constructeur restera toujours, vis à vis du client, le seul responsable de la parfaite exécution de tous les travaux et prestations dont il devra, de toute façon, assurer la direction, la surveillance et le contrôle." (175)

L'ensemblier représentera par la suite les conséquences de cette responsabilité globale vis-à-vis du maître de l'ouvrage sur chacun des membres du consortium et sur les sous-traitants(176).

La responsabilité de l'entrepreneur est globale; son évaluation est forfaitaire:

"Si le contractant (l'entrepreneur) n'a pas achevé l'ensemble des travaux, dans le temps prescrit par l'article...ci dessus, le contractant devra payer au maître d'oeuvre, la somme stipulée au contrat comme "dommages et intérêts forfaitaires (liquidated damages) pour un tel manquement, et non comme une pénalité (penalty) imposée pour chaque jour ou partie de jour qui se serait écoulé entre..."(177)

Ces clauses d'évaluation forfaitaire concernent non seulement le retard de l'entrepreneur dans l'achèvement des travaux, mais aussi la constatation du défaut des performances par rapport à celles stipulées dans le contrat. Ces dommages et intérêts couvrent 3 à 10 % du montant global du contrat (178).

Article 4: L'obligation de comportement quant à un résultat à atteindre.

78. On connaît la distinction classique proposée par la doctrine française entre obligation de moyens et obligation de résultat. Pour nous, les garanties contractuelles évoquées ci-dessus ne confèrent à l'obligation de l'ensemblier le caractère ni d'obligation de moyens ni d'obligation de résultat, mais suggèrent de lui reconnaître le caractère d'une obligation de comportement quant à un résultat visé.

79. *"S'il s'agit d'une obligation de résultat, celui qui s'était engagé à atteindre le résultat, engagera sa responsabilité si ce résultat n'est pas atteint. sauf pour lui à rapporter la preuve qu'il en a été empêché par une cause étrangère (cas fortuit, force majeure, faute de l'autre partie, faute d'un tiers). Ce qui ne paraît être qu'une règle relative à la charge de la preuve est en réalité une véritable présomption de responsabilité".*

"S'agit-il au contraire d'une obligation de moyens, la responsabilité du fabricant ne sera engagée qu'en cas de faute établie. L'engagement se limite à "faire de son mieux", la norme étant celle de l'"homme de l'art". Il va de soi que la preuve de la faute n'est pas toujours facile à rapporter, en manière telle qu'en pratique, seuls les fautes manifestes et caractérisées engagent la responsabilité de celui qui les a commises". (179)

A première vue, la philosophie des contrats de grande exportation dits "clé en main" ou"produit en main" impose à l'ensemblier une obligation se rapprochant de celles des obligations de résultat :

"Qu'il s'agisse du rendement de l'usine, de ses exigences énergétiques, de la qualité des produits, l'ingénieur s'est engagé à fournir un résultat déterminé et non point seulement à mettre en oeuvre les meilleurs moyens possibles en vue de construire une unité industrielle assurant certaines performances" (180)

Cependant, à la différence de l'obligation de résultat, la preuve de la force majeure, celle de la faute d'un tiers y compris du créancier ne libèrent pas l' ensemblier-exportateur. Dans de telles hypothèses, l'ensemblier promet en effet de mettre en oeuvre tous les moyens possibles pour continuer sa collaboration.Dira-t-on qu'à une obligation de résultat se superpose une obligation conditionnelle de moyens? Une telle construction complexe de l'obligation de l'ensemblier nous apparaît théorique . Dès le départ, c'est au vu d'un résultat nécessaire à atteindre par une opération de longue durée que le constructeur s'engage. Comme le notent Salem et Sanson,*"L'obligation ne consiste jamais à obtenir un résultat, mais plutôt à obliger à un certain comportement au regard du résultat à atteindre... Elle consiste en fait à obliger le fournisseur à résister à toutes les causes d'inexécution, sauf celles qui entrent dans le cadre de la force majeure: c'est donc bien un comportement qui est requis."*(181)

La distinction obligation de moyens-obligation de résultat, parce que limitée à la prise en considération de contrats à durée limitée est inapte à décrire la spécificité de l'obligation née d'un contrat "clé en main" ou "produit en main"(181 bis).

Section 2: La garantie bancaire et l'équilibre contractuel.

Article 1: Les insuffisances des garanties contractuelles.

81. Les garanties contractuelles traduisent le désir du maître d'oeuvre d'obtenir un résultat économique déterminé. Elles le couvrent contre les nombreux aléas qui compromettraient la réussite de l'entreprise. Ainsi, nous l'avons vu, le maître d'oeuvre est protégé contre les risques issus de la complexité de l'opération commerciale et les clauses du contrat obligent l'exportateur à maintenir sa participation au contrat, même en cas d'imprévision ou de force majeure.

82. On peut douter que cette couverture soit suffisante. En effet, la réussite de l'opération dépend toujours de la bonne foi de l'exportateur-entrepreneur. Or, celui-ci risque de choisir l'une des deux réactions suivantes, également dangereuses pour le maître d'oeuvre. Premièrement, même responsable globalement, il peut toujours mettre en doute les accusations du maître d'oeuvre et refuser le paiement des indemnités forfaitaires généralement prévues au contrats (182). Il oblige alors ce dernier à un recours juridictionnel long et dont l'issue est incertaine. Dans ce procès, le maître d'oeuvre aura d'autant plus de peine à déterminer la faute de l'entrepreneur que ses compétences techniques et technologiques sont faibles.

Secondement, même s'il est tenu de prolonger sa collaboration en cas de force majeure ou d'imprévision, il peut mettre de la mauvaise volonté à renégocier le contrat et ainsi se dégager d'un marché devenu peu rentable.

La garantie contractuelle l'oblige certes à un comportement de bonne foi, mais, derechef, le maître d'oeuvre n'obtiendra sanction de ce devoir qu'en s'engageant dans un recours juridictionnel.

83. Aussi, même si nul n'en conteste le caractère draconien, ces garanties contractuelles restent insuffisantes. Elles ne peuvent couvrir les risques juridictionnels que la mauvaise foi de l'entrepreneur peut faire craindre (183). En outre et subsidiairement, ces garanties -il faut le noter- ne protègent pas leur bénéficiaire contre les incapacités techniques ou de paiement (184) de l'entrepreneur. L'entrepreneur failli ou incapable d'exécuter techniquement le marché sera certes condamné, mais il restera au maître d'oeuvre à trouver un autre constructeur qui pourvoira à l'achèvement des travaux. Eventuellement, dans l'attente d'une condamnation de l'entrepreneur, il devra chercher les moyens nécessaires au financement de ce remplacement.

Cette constatation explique la volonté des maîtres d'oeuvre de combler les insuffisances des simples garanties contractuelles en recourant à d'autres mécanismes de garanties complémentaires. La garantie bancaire est une de ces formes de garantie complémentaire. Nous classerons ces diverses formes en deux (185) groupes principaux: d'une part, les garanties constituées par la participation de l'entrepreneur aux profits de l'entreprise, objet du marché conclu: il s'agit des "entreprises conjointes"; d'autre part, les garanties créées par l'intervention d'un tiers. Ces diverses formes de garanties complémentaires ont essentiellement pour objet de rassurer le maître d'oeuvre sur le comportement de son partenaire.

Article 2: Les entreprises conjointes.

84. Certains contrats à la grande exportation prévoient la participation de l'ensemblier à la gestion et au capital de l'entreprise dont la création est l'objet du marché. Dans cette hypothèse, l'ensemblier se paie, au moins en partie, sur les profits de cette entreprise dite conjointe.L'entreprise conjointe internationale est, selon la définition de Beguin,*"une société dont les actionnaires sont des partenaires publics et/ou privés provenant de différents pays"* (186).

L'association du constructeur au capital de la société créée représente, du point de vue qui nous occupe, un avantage décisif: *"Etant intéressé à l'exploitation de l'usine, le constructeur, le bailleur de capitaux, est invité à la réussite de l'oeuvre, sous peine de perdre de l'argent; à défaut de bon fonctionnement de l'usine, le capital investi dans une installation constituerait pour l'ensemblier un mauvais placement."*(187)

Si elle offre un avantage non négligeable pour le maître d'oeuvre, cette technique présente néanmoins certains inconvénients (188): la vocation de l'ensemblier est rarement de devenir exploitant d'entreprises et il refusera souvent la formule de l'association. Celle-ci ne peut donc être étendue à tous les marchés à la grande exportation et il est dès lors nécessaire de trouver d'autres mécanismes.

Article 3: Les garanties créées par l'intervention d'un tiers.

85. Le principe de la garantie créée par l'intervention d'un tiers est le même que celui de l'association de l'exportateur aux risques de l'entreprise. Dans les deux cas, il s'agit de réaliser et de parfaire l'équilibre contractuel

mis en place par l'opération commerciale de base. Par le moyen d'une sûreté personnelle, le maître d'oeuvre recherche la couverture des risques qu'il ne pouvait qu'imparfaitement assurer par la stipulation de simples garanties contractuelles.

Cette sûreté personnelle sera généralement délivrée par une banque ou par une compagnie d'assurances,chacune intervenant selon des techniques propres (189). La banque ne peut prendre qu'un engagement financier, à savoir celui de payer à concurrence d'une somme déterminée ; par contre, la compagnie d'assurances assumera volontiers un engagement d'exécution en nature après avoir évalué la probabilité de son intervention.

Les entrepreneurs européens (190) préfèrent la garantie bancaire pour trois raisons principales:

1. Les banques interviennent dèjà dans les mécanismes de paiement des opérations garanties;
2. Peu de compagnies d'assurances sont actuellement préparées à couvrir les risques des marchés internationaux;
3. Les entrepreneurs disposent rarement des moyens suffisants pour couvrir à la fois leurs crédits bancaires et l'engagement de l'assureur.

Quoiqu'il en soit, qu'il s'agisse de garantie bancaire ou de garantie délivrée par une compagnie d'assurances, qu'il s'agisse de garantie financière ou de garantie en nature, la garantie sera généralement appelable sur simple demande du bénéficiaire : elle sera automatique. Il convient d'expliquer ici la généralisation de la pratique de ces garanties à première demande.

Section 3: La justification de l'automaticité de la garantie. Les conséquences de cette justification.

Article 1: La garantie automatique et la "cause" du marché à la grande exportation.

86. Les marchés à la grande exportation passés avec les pays en voie de développement sont dominés par la nécessité absolue pour les maîtres d'oeuvre d'obtenir un résultat économique déterminé. Les deux parties sont conscientes de cette nécessité que Salem et Sanson appellent la "cause" du contrat à la grande exportation(191), laquelle explique les nombreuses clauses du contrat qui mettent à charge de l'entrepreneur une obligation de comportement par rapport au résultat visé.

87. La clause de garantie automatique se fonde sur la même cause (192).

"Le souci dominant du client", écrit Costet, *"-l'économie du contrat comme celle de la garantie bancaire de bonne fin demandée en témoignent- est avant tout d'obtenir le résultat économique recherché, et la crainte du client est de conserver un complexe industriel inefficace après le départ du chantier du personnel de l'entrepreneur"*. (193)

La délivrance par un tiers d'une garantie automatique s'inscrit dans le prolongement de la cause du contrat; elle permet de rendre effective l'obligation de comportement mise à charge de l'ensemblier.

En réclamant une garantie automatique donnée pour le compte de l'ensemblier, l'importateur veut non seulement obtenir un moyen de sanction aisé du mauvais comportement de l'ensemblier, mais surtout disposer d'un moyen de pression indiscutable sur celui-ci (194) pour qu'il maintienne une collaboration

loyale tout au long de la réalisation du marché. Ainsi, la garantie de soumission assure au bénéficiaire le comportement loyal du donneur d'ordre pendant la durée des négociations. Quant aux garanties de bonne fin, de retenue et de maintenance, elles obligent l'entrepreneur à assumer la responsabilité globale de l'ouvrage (195).

L'automaticité de la garantie évite donc au maître d'oeuvre tout devoir de prouver une faute quelconque de l'ensemblier. Une telle preuve, en effet, lui serait -sauf exception(196)- difficile voire impossible à rapporter, étant donné le type de contrat et son infériorité technique et technologique.

Article 2: La fonction de la garantie automatique.

§1 La double fonction de l'émission de la garantie automatique.

88 L'émission de la garantie automatique a une double fonction.

La constitution, au profit de bénéficiaire, d'une garantie appelable discrétionnairement confère à celui-ci un moyen de contrainte permanente de l'entrepreneur. *"Il y a, dans la menace de l'appel à la garantie, une volonté de faire pression sur l'industriel pour qu'il reste sur le chantier, pour qu'il achève son travail..."*(197) Dans cette perspective, l'appel à la garantie devient une exception, le constat d'un échec. En cas de défaillance de l'entrepreneur, le bénéficiaire doit en chercher un autre qui entamera ou achèvera les travaux à la place du premier. L'appel à la garantie lui permet soit d'obtenir immédiatement les moyens financiers de contracter avec un autre entrepreneur (garantie indemnitaire), soit d'obliger le garant à trouver lui-même (garantie de paiement en nature) cet entrepreneur qui, à la place du

défaillant, soumettra (garantie de soumission), achèvera le chantier (garantie de bonne fin ou de retenue) ou assurera la maintenance de l'entreprise fournie (garantie de maintenance) (198).

89. On retrouve ici la distinction entre la garantie par la banque et celle de l'assureur et on comprend tout l'intérêt pour le bénéficiaire d'obtenir une garantie d'exécution en nature(199), même si le coût de cette formule est énorme pour le garant.

§2 La fonction du paiement de la garantie bancaire automatique.

90. Une clause d'un contrat "produit en mains" proposé par le gouvernement algérien définit comme suit la fonction du paiement de la garantie d'exécution (200): *"L'objet de la garantie de bonne fin étant d'assurer au client les moyens minima et immédiats nécessaires pour lui permettre de faire appel à tout spécialiste de son choix en vue de remédier à une situation défectueuse après que le constructeur ait échoué dans sa mission et que cet échec total ou partiel ait été constaté par le client..."* . Le paiement de la garantie bancaire procure donc au bénéficiaire une indemnisation forfaitaire pour l'ensemble du dommage subi suite à la rupture du marché, indemnisation qui lui permettra de continuer l'exécution des prestations avec d'autres partenaires. *"Autrement dit,"* affirme une décision récente de la cour d'arbitrage de la CCI(201),*"la fonction de la garantie est d'assurer au bénéficiaire le paiemant de ce qui est décrit dans la technologie juridique anglo-américaine comme les "liquidated damages", distincts des dommages réels..."*.La caractéristique, souligne la sentence, est d'autoriser le bénéficiaire à réclamer le montant

total de la garantie: *"La fonction de la garantie entre parties est de garantir le paiement de dommages pour son montant total, et pas seulement de servir de garantie pour le paiement de toute somme due au bénéficiaire."*

§3. Conséquence .

91. La fonction du paiement de la garantie bancaire automatique décrite ci-dessus entraîne la conséquence suivante. Le montant de la garantie bancaire représente une évaluation faite à l'avance des dommages causés par une rupture des relations entre l'entrepreneur et le maître d'oeuvre. Il se peut que cette évaluation soit sans commune mesure avec les dommages réellement subis. Ainsi, lorsque l'appel à la garantie a lieu alors que le chantier est quasiment achevé, l'entrepreneur tombé en faillite ne pouvant poursuivre les travaux, la réclamation de l'entièreté du montant aura pour effet de donner à la garantie le caractère d'une pénalité (202). Dans ce cas, le donneur d'ordre pourra obtenir une réduction d'office du montant à payer comme nous le montrerons plus loin (203).

Article 3: Les risques pris en charge par la garantie automatique.

92. L'analyse précédente de la fonction de la garantie automatique dans l'opération commerciale internationale à la grande exportation permet de préciser les risques que la clause de garantie automatique tend à mettre à charge du garant.

Toute sûreté personnelle, y compris le cautionnement, garantit son bénéficiaire contre les risques d'incapacité de paiement et d'incapacité technique. La particularité de l'opération couverte légitime la prise en charge par le garant de nombreux autres risques dits "anormaux" ou "extraordinaires" (204), c'est à dire des risques considérés comme exceptionnels dans le déroulement de la majorité des opérations commerciales ou privées.

93. Déjà, la nature du crédit documentaire, autre intervention bancaire dans le commerce international, était marquée par la nécessité de couvrir le bénéficiaire contre les difficultés juridictionnelles engendrées par la charge de la preuve dans les opérations du commerce international. La complexité de l'objet du marché qui est à la base de la garantie automatique aggrave cette nécessité. De plus, par la garantie délivrée par une banque indigène ou d'un pays tiers, le bénéficiaire peut se protéger contre les risques politiques dits de transfert comme il le faisait dans le crédit documentaire par l'ouverture ou par la confirmation du crédit dans une banque d'un pays tiers

94. Nous avons noté que la durée de l'opération à la grande exportation lui donnait un caractère que certains qualifient "d'évolutif". La garantie automatique tend à couvrir le bénéficiaire contre les risques de cette évolution. Il doit pouvoir compter sur un moyen de pression immédiat dans la négociation du contrat et à chaque moment de sa renégociation, quelle que soit la cause de cette renégociation. Il ne s'agit donc pas d'affirmer que la garantie automatique couvre le bénéficiaire contre toute force majeure; elle le couvre contre toute rupture de négociation au cas où un événement de force majeure survient au cours de l'exécution du contrat.

95. Enfin, la garantie automatique délivrée pour le compte de l'ensemblier, responsable global de la réalisation de l'ensemble du marché, assure le bénéficiaire contre tout défaut d'exécution dû au fait du personnel de l'ensemblier ou au fait d'un de ses associés ou d'un sous-traitant.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE III ET DU TITRE I

96. L'opération commerciale internationale vise à établir un équilibre économique entre deux objectifs divergents: d'une part, l'entrepreneur-exportateur veut être payé à coup sûr pour les prestations qu'il procure; d'autre part, l'importateur-client veut obtenir à coup sûr les prestations convenues pour le paiement qu'il consent.

Par conséquent, à la sécurité des moyens et des garanties de paiements - objectif de l'exportateur - doit répondre en contrepartie l'automaticité des garanties d'exécution - objectif de l'importateur. La balance oscille, nous l'avons vu, tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre.

A la rigueur quasi mécanique du crédit documentaire et de ses dérivés, réplique l'exigence de garanties de plus en plus contraignantes dont la dernière et la plus dure est la garantie bancaire automatique.

Certes, pareil équilibre est toujours précaire entre partenaires qui se connaissent mal et qui, souvent, ont de fortes raisons de se méfier l'un de l'autre: l'un redoute l'instabilité et l'insolvabilité de son client;l'autre appréhende le mauvais vouloir de son fournisseur. La durée et la complexité de l'opération, les traverses qu'elle rencontre,les accidents possibles de son parcours ne peuvent que renforcer la méfiance réciproque et nuire à la loyauté de l'indispensable collaboration. Pourtant, en aucun cas, ce fragile équilibre économique instauré ne peut être unilatéralement rompu, sous peine de "tuer" l'opération.

97. Dans cette partie, la banque tient un double rôle: par son rôle de garant, elle assure la satisfaction des objectifs de chaque partenaire; de ce premier rôle dérive le second, à savoir celui de concentration et de régulation des intérêts légitimes de chacun et, par conséquent, de maintien de l'équilibre et de support de la collaboration.

Les moyens nécessaires doivent donc être trouvés, et pour confirmer la neutralité de la banque et pour permettre éventuellement son retrait lorsque la collaboration est rendue impossible et que l'équilibre est détruit par une méfiance insurmontable et flagrante, génératrice de mauvaise foi.

De telle sorte qu'il est possible, au terme de ce premier titre, de réduire la logique de l'opération commerciale internationale à la formule suivante: la rigueur des paiements et l'automaticité des garanties d'exécution sont devenues causes immédiates réciproques l'une de l'autre, leur cause éminente étant l'équilibre économique final, but ultime de l'opération conclue.

Par conséquent, tout écart important par rapport à ce but ultime, toute atteinte grave à cette cause éminente affecteront les causalités immédiates, risquant ainsi de mettre en péril l'automaticité des garanties autant que la sécurité des paiements.

Ce raisonnement permettra de conclure tant à la légitimité de la garantie automatique qu'aux limites de son abstraction.

T I T R E II: L'ABSTRACTION, LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE AUTOMOTIQUE EN DROIT COMPARE

INTRODUCTION

98.. Le juriste craint la nouveauté. L'apparition d'une institution nouvelle bouleverse ses habitudes. *"Le juriste"*, notait déjà Perrot(1), *"préfère utiliser des techniques anciennes dont il connaît les effets, quitte à les affiner, à les adapter plutôt que d'en inventer de toutes pièces parce que cette façon de faire apporte des troubles dans l'ordre juridique"*. A cette crainte succède la compréhension. Peu à peu, l'institution, d'abord qualifiée de forme "sui generis" (2), est cernée. Chaque droit réapprofondit ses catégories ou ses notions originaires afin de situer plus exactement l'institution nouvelle et d'en déduire les effets propres.

L'apparition de la garantie "automatique" a suscité dans chaque droit ces mêmes bouleversements et approfondissements.

99. Il s'agit d'abord d'établir la validité d'une pratique bancaire imposée par l'usage commercial international et dont la licéité est contestée par d'aucuns. Nos codes civils (3), en ne reconnaissant explicitement qu'une forme de sûreté personnelle, le cautionnement accessoire (4), n'obligent-ils pas à dénier toute validité à des sûretés personnelles substantiellement différentes, en apparence du moins? Faudra-t-il, pour reconnaître cette validité, s'en référer directement aux usages commerciaux, invoquer l'existence exceptionnelle d'actes détachés de leur cause, ou proposera-t-on un raisonnement causaliste fondé sur la liberté contractuelle?

100. Cette première interrogation en voile une autre. La caractéristique principale de la garantie automatique est son <u>abstraction</u>. Par abstraction de la garantie automatique, nous entendons le fait que la validité et l'efficacité de l'engagement du garant ne dépendent pas de la validité et de l'efficacité d'autres engagements avec lesquels cet engagement de garantie forment une

opération économique unique : le rapport commercial de base (le Valutaverhältnis de la doctrine allemande) et l'ouverture de crédit -"rapport de provision"- du banquier à son client (le Deckungsverhältnis) (5). Le degré d'abstraction est pour nous lamesure de cette indépendance.

Chaque droit explique cette abstraction de façon originale. Tantôt, sans s'inquiéter de théorie, il se contente de rappeler le précédent du crédit documentaire; tantôt, il évoque la nature d'acte abstrait - c'est à dire d'acte détaché de sa cause - propre à la garantie automatique; tantôt enfin, c'est la cause qui justifie l'abstraction de la garantie et ses limites. Ces explications diverses entraînent des divergences doctrinales et jurisprudentielles profondes quant à l'étendue du devoir de paiement du banquier garant.

101. La particularité des différentes approches que nous venons de signaler se conçoit aisément. Chaque droit a sa propre histoire, ses propres catégories et se contruit progressivement. On ne peut cependant nier le danger que présentent ces divergences dans un domaine de l'activité du commerce international. Si la garantie automatique,comme le crédit documentaire, sert de standard aux opérations dites à la grande exportation,il est à craindre que les démarches originales suivies par chaque ordre juridique ne lui soient préjudiciables.

Ainsi discuterons-nous les ambiguïtés, l'intérêt et la justification des diverses solutions proposées, espérant, au terme de cet examen de droit comparé, ne pas conclure à leur parfaite hétérogénéité, mais au contraire, découvrir les bases d'une réflexion commune à partir de laquelle nous pourrons aborder l'étude de l'abstraction et des limites de l'abstraction de la garantie automatique.

CHAPITRE I: LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE DANS LES DROITS ETRANGERS

102. Toute analyse de droit comparé doit se limiter. Nous ne pouvons étudier l'institution de la garantie automatique dans tous les droits et nous nous limiterons aux seuls droits qui présentent une conception originale de la garantie automatique. Nous avons regroupé ces droits suivant les affinités de leur démarche :

- Le pragmatisme anglo-saxon (droits anglais, canadien et des Etats Unis) conclut à l'assimilation ou au strict parallélisme de la technique bancaire nouvelle et de son ainée, le crédit documentaire. La pratique n'enseigne-t-elle pas que, dans les mécanismes bancaires mis en place pour assurer la bonne fin d'une opération économique du commerce international, celle-ci n'est souvent que la contrepartie de celle-là (6) ?

- Le dogmatisme germanique (droits allemands, autrichien et suisse) voit en une vieille institution doctrinale civiliste - le Garantievertrag, sûreté personnelle non accessoire par opposition au Bürgschaftsvertrag, sûreté personnelle accessoire - le cadre juridique qui permet de comprendre et de valider la garantie bancaire automatique.

- La subtilité de l'esprit italien cherche dans une meilleure compréhension de la notion de sûreté personnelle, le fondement de la nature juridique et de la validité de la garantie nouvelle : les exigences du commerce, en particulier international, ont progressivement imposé la prise en charge par les sûretés personnelles de nouveaux risques liés à l'opération de garantie. Ces exigences

légitimes rendent nécessaire la reconnaissance de la garantie automatique, forme nouvelle de sûreté personnelle.

Nous étudierons successivement ces trois approches.

Section1: Les droits anglo-saxons.

103. Les droits anglais et nord-américains n'ont point cherché, dans un premier temps du moins, à mettre en évidence l'originalité de la garantie automatique. L'analogie anglaise, voire l'assimilation américaine de la garantie automatique avec la lettre de crédit permettent aux juristes anglo-saxons à la fois de justifier la validité de la garantie automatique (Article 1)et de définir la nature juridique (Article 2) et le degré d'abstraction de cette institution née des besoins de la pratique (Article 3).

Article 1: La Bankguarantee anglaise, La Standby Letter of Credit américaine et le précédent du crédit documentaire.

§1 La "First demand" Guarantee anglaise

104. En angleterre, la garantie bancaire automatique est émise le plus souvent sous la forme d'une "First demand" Bank Guarantee (7).

La dénomination utilisée pourrait étonner le comparatiste. La notion de "Contract of Guarantee" ne désigne-t-elle pas, en droit anglais, la sûreté personnelle accessoire (collateral) et ne faudrait-il pas dès lors préférer la dénomination d'Indemnity puisque la notion de "Contract of Indemnity" sert

entre autres à désigner la sûreté personnelle non accessoire (indépendant, original) (8) ? Pourtant, cette précision théorique est inutile (9): la notion de "Contract of Indemnity" comme sûreté personnelle non accessoire a rarement été utilisée en droit anglais (10) et la dénomination de "Bankguarantee " ne se réfère en aucune manière à cette distinction.

105. Les juges anglais ont clairement consacré l'analogie entre les engagements du banquier garant "à première demande" et ceux du banquier apériteur ou confirmateur d'un crédit documentaire irrévocable. Dès 1954, le juge Devlin (11) affirmait: *"Je pense qu'une garantie bancaire est suffisamment semblable à une lettre de crédit pour tenir que les mêmes principes doivent être appliqués".* (12) En effet, *"la banque garante "*, estime le juge Roskill (13) dans une affaire récente, *"est dans une position non identique mais en tout cas fort proche de la position d'une banque qui a ouvert une lettre de crédit irrévocable. Que l'obligation naisse d'une lettre de crédit ou d'une garantie, l'obligation de la banque est d'exécuter ce qu'elle doit exécuter selon son contrat particulier et cette obligation ne dépend en aucune manière de la solution d'un litige ni de l'exécution satisfaisante des prestations du vendeur à l'acheteur ou des prestations de l'acheteur au vendeur qui résulteraient du contrat d'achat-vente".*

106. L'analogie de la garantie bancaire automatique et du crédit documentaire permet aux praticiens anglais de justifier la validité de la garantie. La lettre de crédit ou crédit documentaire sont des institutions reconnues dans nos droits. Les règles uniformes de la CCI relatives aux crédits documentaires consacrent la validité de la garantie automatique et justifient son degré d'abstraction. En outre, *"de telles obligations"* (celles nées de la garantie auto-

matique ou de la lettre de crédit) représentent, selon l'expression du juge Kerr (14),*""la vie et le sang" (lifeblood) du commerce international".*

La validité de l'institution s'appuie donc en définitive sur les nécessités de la pratique commerciale comme le note le juge Jenkins (15) à propos du crédit documentaire dans l'affaire Hamzeh Malas & Sons v. Britisch Imex Industries Ltd : *"Un système commercial élaboré a été construit sur base du principe (on footing) que les crédits bancaires confirmés ont ce caractère (d'obligation absolue de payer)(+) et, à mon avis, ce serait une erreur pour la cour dans le cas présent d'aller à l'encontre (interfere) de cette pratique établie".*

§2 La "Standby Letter of Credit" américaine.

107. Dans les pays du nord de l'Amérique, la garantie bancaire automatique est émise sous la forme d'une lettre de crédit, plus précisément d'une "Stand-by clean letter of credit".

L'assimilation, dans la pratique américaine, de la garantie et de la lettre de crédit s'explique par des raisons réglementaires. Tant la Section 4 de l'Act américain de 1870 "for the protection of bank depositors (16)" que le Chapter 254 du " "Loan and Trust Corporations Act" canadien de 1970 interdisent aux banques l'émission de tout cautionnement et, de façon plus large, de toute sûreté personnelle pour compte de leurs clients (17).

108. Pour tourner cette interdiction (18) et concurrencer ainsi l'activité des compagnies d'assurances, les banques américaines délivrent, en garantie de l'exécution d'opérations conclues par leur client, des lettres de crédit

---

(+)Nous ajoutons.

dites "Standby". *"Une Standby Letter of Credit est toute lettre de crédit ou tout engagement similaire, quelles que soient leur dénomination ou leur description, qui représentent l'obligation, à charge de l'émetteur au profit du bénéficiaire, soit de rembourser le prêt obtenu par ou pour compte de la partie donneur d'ordre, soit d'effectuer le paiement "sur base" (ou account) de toute dette souscrite par le donneur d'ordre, soit d'effectuer le paiement sur base de tout défaut du donneur d'ordre dans l'exécution (performance) d'une obligation."* (19)

Elle peut être "clean", c'est-à-dire payable sur simple demande (ou simple demand) du bénéficiaire ou, au contraire, "with conditions", c'est-à-dire payable moyennant la production d'attestations (statements) ou de documents au sens strict (20). (21)

La garantie automatique est donc émise aux Etats-Unis comme au Canada sous forme de "Clean Standby Letter of Credit" ou de "Standby Letter of Credit" payable sur Statements du bénéficiaire. Cette pratique fut remise en question par certains juges au nom de la réglementation rappelée ci-dessus et la contestation jurisprudentielle conduisit la doctrine à élaborer la notion de "Guaranty Letter of Credit", dénomination préférée désormais à celle de "Standby Letter of Credit".

§3 La "Guaranty Letter of Credit".

A. La contestation.

109. Une décision de la Supreme Court of New-Jersey datée du 13 décembre 1976 (22), mit en cause la validité de la "Standby Letter of Credit": *"L'engagement d'une banque en vertu duquel elle assumerait l'obligation d'autrui sur base de*

La simple notification (Statement) qui lui serait faite que le prêt n'aurait pas été remboursé, n'est pas une lettre de crédit, du moins au sens de l'Uniform Commercial Code et des statuts réglementant la fonction bancaire ... Aucune garantie donnée par une banque envers une autre en violation du statut ne peut être exécutée par la banque qui la reçoit." Cette décision amena la jurisprudence et la doctrine américaine à préciser la nature juridique de la "Standby Letter of Credit" tant par rapport aux lettres de crédit usuelles que par rapport au cautionnement (23).

B. La nature originale de
la "Guaranty Letter of Credit".

10. La plupart des auteurs (24) et des juges américains (25) reconnaissent la nature originale des lettres de crédit (26) utilisées comme garantie. Ils les dénomment "Guaranty Letters of Credit" par opposition aux "Payment Letters of Credit" (27). Ils admettent que leur utilisation constitue une extension, non prévue (28) par l'Uniform Commercial Code qui consacre la licéité des lettres de crédit (29), mais ils en affirment néanmoins la validité: *"Conçue à l'origine comme une manière de faciliter le vente internationale de biens*(30), *la lettre de crédit a été récemment utilisée à de multiples fins: ainsi, pour assurer le paiement des prêts de construction, la garantie de bonne exécution d'obligations et la garantie d'émission de papiers commerciaux* (31). *En contraste avec sa fonction traditionnelle(+), la lettre de crédit, dans ses développements les plus récents, sert fréquemment comme une "Guaranty" et l'émetteur s'engage pour le cas où il serait appelé à honorer la lettre de crédit. En accord avec cette évolution, cette forme de lettre de crédit est reconnue comme une lettre de crédit "Standby" ou "Guaranty Letter of Credit", présente dans notre hypothèse."* (32)

(+) Nous soulignons.

La jurisprudence distingue donc nettement l'engagement subsidiaire du banquier émetteur d'une "Guaranty Letter of Credit" et celui principal du banquier apériteur d'une "Payment Letter of Credit".

111. La reconnaissance de la nature subsidiaire de cette forme de crédit ne conduit pas à la confondre avec la "Guaranty" ou"Guarantee" accessoire du droit civil. Citons à ce propos, les attendus de l'arrêt Bank of North Carolina:

> *"Une lettre de crédit qui sert à assurer la bonne exécution d'une obligation contractuelle d'autrui est appelée une "Guaranty Letter of Credit"; à l'inverse de vrais contrats de garantie, la "Guaranty Letter of Credit" oblige son émetteur à payer à la présentation de documents spécifiées et "showing" (créant l'apparence) d'un défaut, plutôt que sur base d'une preuve de l'existence effective du défaut.*
>
> *"Une "Guaranty Letter of Credit" crée un engagement "primary" (autonome) sur base d'une obligation originale, engagement de payer dès présentation de documents, tandis que le "Contrat of Guaranty" (entendre cautionnement) crée une obligation "secondary" sur base de l'obligation préexistante d'autrui, obligation de payer dans le cas où autrui ne le ferait pas".* (33)

Cette distinction est importante. L'assimilation de la"Guaranty Letter of Credit" et du"Contract of Guaranty" conduirait à nier la validité de la pratique bancaire en question: Ainsi continue l'arrêt cité:(34)

> *"Si la lettre de crédit impose paiement dès présentation des documents spécifiés* (35), *elle doit être considérée comme valide plutôt que comme une "ultra vires Guaranty", même si sa fonction est d'assurer le paiement de l'obligation d'autrui. Au contraire, si la lettre de crédit requiert de son émetteur plus que le simple examen des documents, elle est alors une "Guaranty" émise illégalement par une banque".* (36)

Ainsi, la "Guaranty Letter of Credit" a une fonction proche de celle du cautionnement sans perdre pour autant sa nature propre qui consiste en ce que la lettre se fonde sur le principe selon lequel l'émetteur de la lettre, le banquier, n'est en rien concerné par les difficultés relatives au contrat principal.

C. La validité de la "Guaranty Letter of Credit"

112. La constatation de l'indépendance de l'engagement bancaire né d'une "Guaranty Letter of Credit" par rapport au contrat commercial de base légitime cette pratique et consacre sa nature de lettre de crédit. L'article 103 de la section 5 de l'Uniform Commercial Code américain qui légalise la pratique de la lettre de crédit définit en effet comme suit cette institution:

> *"L'engagement d'une banque ou de toute autre personne pris à la demande d'un client et appartenant au domaine prévu par l'article 102, engagement suivant lequel l'émetteur honorera une traite ou d'autres demandes de paiement en accord avec les conditions spécifiées au crédit ..."*

Cet article n'interdit nullement les "Guaranty Letters of Credit", même si la loi n'a pu envisager leur existence au moment de sa rédaction.

Ce raisonnement des "commercial progressives" (37) semble aujourd'hui avoir été repris par l'administration américaine (38) qui progressivement reconnaît la licéité de cette pratique imposée par les exigences du monde commercial.

Article 2: La "consideration" de la Bankguarantee et de la "Guaranty Letter of Credit" et le principe de leur abstraction.

§1 La "consideration".

113. L'analogie anglaise voire l'assimilation américaine de la nature juridique de la garantie automatique et de celle de la lettre de crédit justifient l'application à la première institution des développements relatifs à la "consideration" de la seconde. La théorie de la "consideration" est l'équivalent

anglo-saxon de notre théorie de la cause (39) et les droits anglais et américains exigent comme les nôtres que tout acte juridique, y compris la lettre de crédit, ait une cause (40).

La consideration de la lettre de crédit a d'abord été définie comme l'ouverture de crédit consentie par le banquier à son client (41), ouverture préalable à l'émission de la lettre de crédit. Cette définition a rapidement été abandonnée. C'est dans le rapport entre l'émetteur ou le confirmateur de la lettre de crédit et son bénéficiaire que la "consideration doit être trouvée(42).

114. Dans ce rapport, la "consideration" de l'émission de la lettre de crédit est définie comme la conviction, dans le chef de l'émetteur,du caractère obligatoire de son engagement résultant de son adhésion au mécanisme de la lettre de crédit juridiquement valable (43):*"La consideration est ainsi comprise non plus comme un correctif visant à l'équilibre des obligations contractuelles,.., mais est ramenée à un simple "Seriositätsindiz" qui existe dès que le promettant, suite à sa confiance dans la validité de l'engagement et par son engagement avec le preneur de la promesse, s'oblige à des mesures permanentes."*(44)

La cause de la lettre de crédit conçue comme adhésion à un mécanisme de droit coutumier oblige le banquier à respecter le principe d'abstraction qui caractérise le crédit documentaire.

§2. Le principe d'abstraction de la lettre de crédit.

115. *"Un principe légal fondamental en ce qui concerne les lettres de crédit et consacré à la fois par le code de commerce des Etats-Unis* (45)*et par les règles et usances* (46)*est que la lettre de crédit est un contrat séparé de la convention de base. En conséquence, les droits de l'émetteur et du bénéficiaire*

sur base de la lettre de crédit sont déterminés uniquement par les termes de la lettre de crédit et ne sont pas affectés par l'exécution ou la non-exécution du donneur d'ordre, débiteur ou bénéficiaire des obligations respectives nées des conventions de base."(47)

116. Ce principe d'abstraction est clairement appliqué aux "Bankguarantees" et à la "Guaranty Letter of Credit". Il se décompose en deux propositions :

1. La promesse émise par le banquier garant est indépendante des litiges ou des difficultés issus des contrats qui en forment la base : *"La clé de l'originalité de la lettre de crédit et la source de sa vitalité commerciale résident dans le fait que la promesse émise est indépendante des contrats de base "*(48).

2. Le banquier ne doit payer que *"si les documents sont en ordre et les termes du crédit remplis"*(49). On connaît le principe dit du formalisme documentaire: *"There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well"*(50).

A. L'indépendance de la garantie bancaire automatique.

117. Le principe de l'indépendance de l'engagement de l'émetteur d'une lettre de crédit est, dans les droits anglo-saxons, une norme de droit coutumier. Il est affirmé à de nombreuses reprises dans la juriprudence relative aux Bankguarantees et aux "Guaranty Letters of Credit". On signalera à ce propos, l'avis du juge Kerr (51) : *"Les juges laisseront les marchands régler leurs litiges contractuels par voie judiciaire ou arbitrale comme prévu par le contrat..*

Le mécanisme et les accords bancaires se situent à un niveau (level) différent. Autrement, la confiance dans le commerce international serait irréparablement endommagée..."

118. Ainsi, d'une part, les difficultés d'exécution du contrat commercial de base, la simple affirmation du donneur d'ordre selon laquelle il a bien exécuté ses obligations (52), ses récriminations touchant une mauvaise exécution de ses propres obligations par le bénéficiaire (53) voire la saisie d'un tribunal pour trancher de tels litiges contractuels (54),ne peuvent justifier le refus de paiement par la banque.

119. D'autre part, le juge ne peut non plus tenir compte des difficultés du contrat entre le donneur d'ordre et la banque. Dans l'affaire américaine Chase Manhattan Bank v. Equibank (55), le juge dénia à la banque le droit de refuser le paiement, refus fondé sur le motif que celle-ci ne pouvait se retourner contre le donneur d'ordre. En l'espèce, la faillite du client avait mis fin au contrat d'ouverture de crédit bancaire.

B. Le formalisme documentaire.

120. Le principe du formalisme documentaire se déduit de l'article 7 des règles et usances relatives aux crëdits documentaires (56): *"Les banques doivent examiner tous les documents avec un soin raisonnable pour s'assurer qu'ils présentent l'apparence de conformité avec les conditions du crédit..."* Ce principe est la conséquence directe de l'équilibre mis en place par l'institution du crédit documentaire (57). Il est maintes fois rappelé dans la jurisprudence anglo-saxonne relative aux garanties automatiques (58).

121. On retiendra plus particulièrement deux décisions qui mettent en évidence la rigueur du principe (59) :

- Dans l'affaire Insurance Cy of North America (60), il fut considéré que l'attestation écrite suivant laquelle *"la responsabilité (liability) du donneur d'ordre était toujours en vigueur"* n'était pas équivalente à une attestation écrite *"montrant avec évidence (evidencing to effect that) que la compagnie d'assurances (bénéficiaire) n'avait reçu remboursement du prêt"*. (61)

-Dans l'affaire Chase Manhattan Bank déjà citée (62), le fait que le bénéficiaire n'avait pas employé le mot "défaillance" (default), mot employé dans les conditions de la lettre de crédit, fut considéré comme excluant le paiement de la banque, même si le bénéficiaire affirmait que le client n'avait pas accompli sa prestation.

Article 3: Les limites et le degré de l'abstraction de la Bankguarantee et de la Guaranty Letter of Credit.

122. Plusieurs décisions jurisprudentielles anglo-saxonnes précisent les limites et le degré de l'abstraction de la garantie automatique par rapport aux contrats de base. Ici aussi, ces décisions s'appuient totalement sur le précédent du crédit documentaire. C'est à partir de l'étude des limites de l'abstraction que nous pourrons préciser le degré d'abstraction de la garantie.

§1. Les limites de l'abstraction.

123. L'analogie ou l'assimilation avec le crédit documentaire justifient l'abstraction de la lettre de crédit. Elles en déterminent aussi les limites: *"La banque doit honorer la lettre de crédit... A ce principe général, une seule exception: la cas que l'on appelle la fraude établie (established)* (63)*ou évidente, connue* (64) *de la banque."*(65) De nombreux arrêts tant anglais (66) qu'américains (67) reprennent cette exception à l'abstraction de la lettre de crédit et l'appliquent à la garantie "automatique". Ils lui donnent la même interprétation restrictive : *"Il n'est pas suffisant d'alléguer la fraude; elle doit être"établie" et je dirais même clairement établie."*

124. A cét égard, le cas anglais Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank (68) mérite d'être signalé. Le bénéficiaire lybien de la garantie appelait la garantie d'exécution (Performance Bond) d'une opération pour laquelle il refusait d'émettre la lettre de crédit prévue au contrat, lettre destinée à couvrir ses propres obligations (69). Le donneur d'ordre réclama du juge l'interdiction de tout paiement de la garantie. Le juge refusa :*"La seule exception au devoir de paiement du garant est le cas de fraude évidente dont la banque a connaissance"*, ce qui, selon le juge, n'était pas le cas .

La fraude dont il est question est une fraude non dans la conclusion du contrat de garantie, mais dans son exécution, précisent les juges américains dans une affaire (70) où le bénéficiaire plaidait l'assimilation de la lettre de crédit à un moyen de paiement cambiaire. Il lui fut répondu : *"La lettre de crédit ne constitue pas un instrument négociable... La bonne foi du bénéficiaire (au contraire de la bonne foi d'un endossataire d'une traite) s'apprécie dès lors*

non pas au moment de l'acceptation de la lettre de crédit, sa bonne foi à ce moment est irrelevante"(71),mais au moment de la demande en exécution.

L'étude de l'application de ces principes révèle le degré d'abstraction de la garantie automatique.

§2. Le degré d'abstraction.

125. Une décision de la cour d'appel anglaise datée 17 juillet 1981 (72)concerne les faits suivants: une banque indienne émet au profit d'un importateur anglais une garantie de bonne exécution. Cette garantie couvre l'exportation de sucres vers l'Angleterre. Le contrat - le fait est relevé par le juge - contient une clause de force majeure. Une disposition de cette clause prévoit la possibilité de différer d'un mois la délivrance du sucre en cas d'embargo gouvernemental. Passé ce délai, l'importateur peut rompre le contrat (73). L'exportateur interrompt ses livraisons: il allègue qu'une décision du gouvernement indien aurait interdit l'exportation de sucre rendant impossible la suite de l'exécution du contrat. L'exportateur sollicite alors du juge anglais la délivrance d'une injunction (74) déniant au bénéficiaire le droit d'appeler la garantie.
Lord Denning refuse cette injunction dont l'octroi impliquerait l'insertion d'un "terme" (term) implicite mettant fin au contrat de vente. *"Le seul élément qui importe est le fait que l'acheteur, en remettant le constat du défaut du donneur d'ordre (d'exécuter ses obligations), doit honnêtement croire qu'il y a défaut de la part de l'exportateur. Une croyance honnête (honest belief) suffit. S'il n'y a pas croyance honnête, il peut y avoir fraude évidente et, s'il y a fraude évidente, la cour peut intervenir et accorder l'injunction. Autrement, non."*

Or, en l'espèce, selon le juge, il n'est pas évident qu'il y ait force majeure définitive : ainsi, l'importateur ignore si des licences ne pourraient être délivrées de telle sorte que certaines quantités de sucre soient malgré tout exportables (75).

26. Cette décision anglaise est importante à deux points de vue. Elle permet d'abord de préciser la notion de fraude. Il y a fraude lorsqu'il apparaît que le bénéficiaire, en réclamant la garantie, est certain qu'il n'y a pas eu défaut d'exécution imputable au contractant. Elle suggère ensuite que la garantie couvre le risque de force majeure - en l'occurrence, le risque politique d'embargo (76)- dans la mesure où celui-ci ne rend pas définitivement impossible la continuation du contrat (77).

27. Les décisions américaines dans les affaires dites iraniennes (78) sont moins claires à ce sujet. Parmi ces décisions, deux concernent des demandes en paiement adressées aux banques américaines contregarantes par les garants iraniens (79). Les donneurs d'ordre s'opposaient au paiement et réclamaient la délivrance d'une injunction. Les juges américains refusèrent l'interdiction de paiement mais obligèrent les banques à surseoir au paiement (80).

28. Les autres décisions concernaient des demandes préventives d'injunction. Suite aux bouleversements politiques d'Iran, les donneurs d'ordre américains cherchèrent à empêcher les paiements bancaires. On retiendra de ces décisions, les deux arrêts les plus significatifs.(81)

- Le premier arrêt United Technologics Corp. v. Citibank N.A., Iranians'Bank and Telecommunications Cy of Iran (82) a trait aux faits suivants : le garant iranien exige, à plusieurs reprises, du contregarant américain l'extension ou

l'exécution de la Guaranty Letter of Credit", les événements d'Iran empêchant toute exécution de la convention de base. Les juges sont saisis par le donneur d'ordre qui réclame préventivement une interdiction à la banque de payer.

Les juges se sont demandé si, les événements d'Iran constituant un risque politique qui sort du"déroulement normal" de l'opération (83) économique garantie, un tel risque est pris en charge par la lettre de crédit,de telle sorte que sa survenance ne puisse pas remettre en question le devoir de paiement de la banque. La réponse est tirée de précédents en matière de crédit documentaire (guerre sino-japonaise) (84) : *"En accordant l'interdiction demandée, le tribunal ne ferait rien d'autre que permettre au donneur d'ordre d'écarter un risque qu'il était d'accord d'assumer ou en d'autres termes, de l'autoriser à rompre son contrat ..."*(85)

- Le second arrêt KMW Int. v. Chase Manhattan Bank (86) est plus clair encore: *"Quand un contractant entre en relation contractuelle avec l'administration iranienne, il assume les risques propres aux transactions internationales: ceci inclut les risques et hasards de la politique internationale. Toute injonction préventive débarassant la banque de la charge de ce risque en lui enjoignant de na pas payer sur base de la lettre de crédit irait à l'encontre du sens de la transaction commerciale de base ... La banque apéritrice ne peut refuser de payer la lettre de crédit sous couvert d'illégalité survenante, de possibilité de guerre ou d'insurrection ."*

29. Si les deux décisions refusent l'injonction demandée et affirment que son octroi serait contraire à l'esprit du contrat de base, elles reconnaissent néanmoins aux contre-garants le droit de surseoir momentanément au paiement au cas où il leur serait fait appel,*"vu (in view of) les circonstances actuelles en Iran"*.

La signification de ce sursis de paiement est claire : il impose le devoir de vérifier si l'impossibilité d'exécution n'est que momentanée et si elle ne peut être surmontée par exemple par une nouvelle négociation ou, au contraire, si elle est irrémédiable et définitive.

En cela, les décisions américaines s'apparentent, quant à leur fondement, à la décision anglaise précitée.

130. Signalons enfin une autre décision relative cette fois non au risque politique, mais au risque d'illégalité de l'opération garantie. Dans l'affaire Prudential Ins. Co. V. Marquette Nat. Bank (87), la banque refusait de payer le bénéficiaire parce que l'opération garantie était illégale (88). La cour refusa l'objection bancaire : *"Elle estime que le contrat du donneur d'ordre avec le bénéficiaire reste indépendant des obligations de la banque comme émetteur de la lettre de crédit et l'illégalité alléguée à savoir le "commitment standby fee" n'est pas un moyen de défense susceptible d'être opposé par la banque dans cette action."*

Ainsi, la Guaranty Letter of Credit couvrirait donc certains risques d'illégalité de l'opération économique.

Conclusions

131. 1. La garantie bancaire automatique même délivrée sous forme de "Letter of Credit" représente une sûreté personnelle. Même les juges américains ont progressivement mis en évidence la fonction de garantie que joue la "Guaranty Letter of Credit" par opposition aux formes traditionnelles de lettres de crédit.

2. La nature juridique de cette sûreté personnelle est analogue à celle du crédit documentaire, voire se confond avec elle.

3. En particulier, elle partage avec cette institution le même degré d'abstraction.

4. L'abstraction de la garantie automatique se fonde sur une règle coutumière née des exigences du commerce international, qui consacre l'absolue indépendance des engagements du banquier tant par rapport à l'opération économique garantie que par rapport à l'ouverture de crédit dans laquelle l'émission de la garantie trouve son origine.

5. Une limite de l'abstraction de l'engagement du banquier compatible avec le sens de la garantie automatique est le cas de fraude établie ou évidente, connue de la banque.

6. Le sens du mécanisme de la "garantie automatique" justifie la prise en charge par le garant des risques politiques et de certains risques d'illégalité liés à l'opération d'autrui.

7. Le sens conféré à la garantie automatique par l'équilibre contractuel de base justifie que le juge n'interdise le paiement bancaire que lorsque la force majeure rend définitivement impossible l'exécution du contrat.

SECTION 2:

LES DROITS GERMANIQUES

132. Dans les droits germaniques, la garantie automatique appartient à la catégorie des sûretés personnelles. Elle se caractérise par son indépendance vis-à-vis des aléas et des incertitudes de l'opération de base et constitue donc un "contrat de garantie" (Garantievertrag), défini dans la littérature classique comme la sûreté personnelle non accessoire par opposition au cautionnement, sûreté personnelle accessoire. Le point de départ de la réflexion germanique est donc différent de celui du droit anglo-saxon (article 1).

Néanmoins, le principe d'abstraction de la garantie automatique est affirmé de la même façon dans les droits germaniques que dans les droits anglo-saxons. Dans les deux familles juridiques, son explication se réfère principalement à la fonction (Sinn und Zweck) de la garantie automatique et, accessoirement, par la nature juridique de l'engagement du garant que la pluspart des auteurs germaniques estime abstrait, certains causal (Article II).

Enfin, l'étude germanique des limites et du degré de l'abstraction de la garantie automatique rejoint les conclusions anglo-saxonnes, tout en proposant de nouvelles limites et une nouvelle justification (Article III).

Article I: La"garantie auferstes Anfordern zu zahlen" et le "Garantievertrag" : Justification de la validité de la garantie automatique.

133. L'appartenance de la garantie bancaire automatique à la catégorie des sûretés personnelles exclut toute confusion de cette institution et du crédit documentaire. Le Landsgericht de Munich l'affirme clairement:*"Une garantie bancaire doit être distinguée d'une garantie équivalente à un accréditif et ceci tant du point de vue de son essence (de sa nature) que de son contenu ...La vraie garantie bancaire engendre une obligation de la banque de prester pour le cas où la prestation sur base de l'opération commerciale garantie n'a pas été exécutée... La vraie garantie à l'opposé de l'accréditif, doit servir non à l'exécution de l'opération de base, mais bien de sûreté particulière pour des risques déterminés... La fonction de paiement appartient conceptuellement à l'accréditif et est inhérente à celui-ci. Elle n'existe pas pour la garantie bancaire."* (89)

La doctrine germanique reprend cet enseignement jurisprudentiel:*"La banquier, lors de l'ouverture de crédit, s'engage à payer et non à garantir. La fonction du crédit documentaire est principale et non subsidiaire."*(90)

§1. La"Garantie auf erstes Anfordern" comme "Garantievertrag".

A. "Garantievertrag" et "Bürgschaftsvertrag": L'approche dichotomique classique.

134. Dès 1886, un article de Stammler(91) ; réclamait la reconnaissance du "Garantievertrag" et en proposait la définition suivante : *"Il y a contrat de*

garantie lorsqu'à la suite d'une opération (Unternehmen) destinée à une acquisition patrimoniale par un tiers, une personne assume, totalement ou partiellement, le risque lié au déroulement de l'opération, créant ainsi une créance de"soutien" (Unterstützung)". Lorsque le "Garantievertrag" est émis par une tierce personne, c'est une sûreté personnelle qui se distingue du contrat de cautionnement par son caractère non accessoire (92).

La doctrine et la jurisprudence des droits germaniques allemand, autrichien et suisse (93) reprirent cette définition du contrat de garantie : *"Le contrat de garantie est un contrat obligatoire unilatéral non accessoire par lequel un des contractants s'engage en vue de l'arrivée d'un résultat déterminé ou, du moins, prend en charge les risques qui pourraient affecter le déroulement d'un rapport juridique avec un tiers."*(94)

Cette définition du contrat de garantie s'est largement répandue en dehors des pays cités(95).Elle a servi lors des travaux de la CEE(96)sur les garanties contractuelles d'une part, et des travaux de la CEE sur l'unification du droit des sûretés personnelles d'autre part(97).

135. Ainsi, dans les droits germaniques, *"la notion de sûreté personnelle, "concept supérieur" (Oberbegriff) se laisse décomposer logiquement en deux sous-espèces "a prioriques"* (98)*: la sûreté personnelle accessoire : contrat de cautionnement, et la sûreté non accessoire: contrat de garantie"*(99).La prestation (Leistung) étant comprise dans ces droits comme l'objet d'un rapport économique (Geschäft), indépendamment des rapports juridiques obligatoires que cette opération entraîne ou ne peut pas entraîner - par nullité ou déchéance(100)- le cautionnement est la sûreté accessoire d'une obligation (Verpflichtung), la garantie est la sûreté non accessoire d'une prestation (Leistung).

B. L'application de cette approche dichotomique à la garantie bancaire automatique.

136. La garantie automatique délivrée par les banques se caractérise par l'indépendance de l'engagement du banquier garant quant aux aléas et aux incertitudes affectant les droits nés de l'opération garantie. Il n'est pas étonnant dès lors que les droits allemand, autrichien et suisse aient trouvé dans le contrat de garantie la figure juridique explicative de l'opération bancaire en question (101).

Un arrêt particulièrement clair de l'Oberste Gerichtshof autrichien(102) permet de systématiser l'opposition entre le cautionnement et la garantie, nommément la garantie bancaire automatique. En l'occurrence, il s'agissait d'une garantie bancaire "à première demande" (auferste Anforderung) donnée pour le montage d'une usine à l'étranger. La garantie bancaire appelée, la banque autrichienne exécuta, ce que lui reprocha son client donneur d'ordre. La cour autrichienne rejette cependant l'action de ce dernier et estime que la banque a payé à juste titre : "*Comme tout administrateur expérimenté dans la vie commerciale, le demandeur devait connaître la différence conceptuelle classique entre la "Bankgarantie" et la "Burgschäft" (cautionnement) ... Dans leur structure juridique, les figures contractuelles "garantie bancaire" et "cautionnement" divergent essentiellement à tel point qu'on ne peut se trouver en présence que soit d'un contrat de garantie, soit d'un contrat de cautionnement . La différence constitutive essentielle est la suivante : l'obligation de la caution est l'exécution de l'obligation d'autrui - ceci est vrai même lorsque le cautionnement est solidaire (Bürge und Zahler) -; par le contrat de garantie, l'émetteur souscrit au contraire un engagement non point accessoire, mais autonome. Le contrat de garantie est un contrat unilatéral*

par lequel une personne s'engage envers autrui et se porte fort du résultat d'une opération ou garantit les dommages qui naîtraient d'une opération."
La banque n'avait donc pas à se soucier du bien-fondé de la demande du bénéficiaire envers le donneur d'ordre de la garantie : *"Vu qu'il s'agissait d'une déclaration de garantie abstraite, une justification plus ample de la réclamation de la garantie n'était pas nécessaire... Pour qu'elle fût nécessaire, il eût fallu que le comportement du défendeur (la banque) fût causal."*

137. L'application de l'approche dichotomique à la garantie bancaire automatique aboutit à opposer cautionnement et garantie comme suit:

$$\frac{\text{Cautionnement}}{\text{Garantie}} = \frac{\text{accessoire}}{\text{non accessoire}} = \frac{\text{Garantie d'une obligation}}{\text{Garantie d'une prestation}} =$$

$$\frac{\text{causal}}{\text{abstrait}} = \frac{\text{application des prescrits légaux sur le cautionnement}}{\text{non-application des prescrits légaux sur le cautionnement}} \qquad (103)$$

§2 La critique de l'approche dichotomique

A. Les formes "mixtes" de sûretés personnelles.

138. Quelques auteurs, en particulier allemands, critiquent le dogmatisme de l'approche classique germanique :*"L'alternative exclusive,* écrit Klett (104), *entre engagement accessoire et non accessoire est une séquelle du formalisme juridique conceptuel..."* On doit admettre l'existence de formes intermédiaires et de formes mixtes (Zwischenformen und Mischformen)(105) qui démontrent que les frontières prétendûment fixes sont en réalité mouvantes et relativisent dès lors l'opposition entre la cautionnement et la garantie.

139. Selon ces auteurs, on ne peut conférer une nature juridique commune à toutes les sûretés personnelles dont l'engagement déroge au caractère accessoire du cautionnement. Chaque type a sa fonction et, par conséquent, sa réglementation propres. Ce principe est dégagé par Marwede à la suite d'un arrêt de l'Oberlandesgerichtshof de Franfort du 22 octobre 1974 (106) relatif à un acte de cautionnement dans lequel la caution renonçait à se prévaloir des transactions du débiteur. Il s'agit pour la Cour d'une forme mixte située entre la garantie pure d'exécution (Forderungsgarantie) et le cautionnement. *"La Forderungsgarantie et le cautionnement représentent deux cas d'espèce (Unterfalle). Ils ne sont pas les deux seuls cas puisque, dans les limites de la liberté contractuelle, sont permises des constructions juridiques situées entre une obligation fondamentalement abstraite et une obligation fondamentalement accessoire."* (107)

140. Conformément à ce principe le Bundesgerichtshof devait, le 2 mai 1979 (108), consacrer une nouvelle forme mixte de sûreté personnelle. Il s'agissait en l'occurrence d'un "cautionnement à première demande" donné par une caisse d'épargne pour éviter à son client - une société de restauration de façades - la retenue d'un pourcentage du prix fixé par le contrat conclu avec le bénéficiaire de la caution. La "caution" renonçait en outre à invoquer tous les bénéfices légaux octroyés à la caution (bénéfice de subrogation, de discussion, etc...) La société tombe en faillite et le bénéficiaire, une autre société allemande, appelle le "cautionnement". La caisse d'épargne fait valoir des exceptions tirées du contrat de base et refuse le paiement au motif que le cautionnement est accessoire. Sans contester le caractère "accessoire" de l'engagement donné, le Bundesgerichtshof refuse cependant l'argument. En effet, il reconnaît

d'abord l'existence du cautionnement : la présence de la clause "à première demande" ne crée pas une présomption iuris et de iure de l'existence d'un Garantievertrag (109) et l'interprêtation de l'acte conduit à lui conférer le caractère d'un cautionnement. Mais sans nier le caractère accessoire du cautionnement, la Cour retient ensuite que la fonction de la convention souscrite est d'obtenir une garantie "liquide" impliquant une renonciation (Verzicht) provisoire du garant à faire valoir toute compensation (Aufrechnung) et toute exception (Einwendung) fondées sur le contrat de base (110). Rien n'empêche le garant de se retourner ultérieurement contre le bénéficiaire indûment payé (111). Horn(112)accueille favorablement ce raisonnement de la Cour. Le cautionnement "à première demande" reste accessoire dans la mesure où il ne fait que différer l'opposabilité des exceptions; il représente cependant un nouveau type de contrat (Vertragstyp), une nouvelle forme de sûreté personnelle dans la mesure où il correspond à un équilibre d'intérêts (Interessenlage) différent de celui que la loi consacre dans le cautionnement (113).

141. La critique récente de l'approche dichotomique met donc en évidence la multiplicité des formes de sûretés personnelles . La distinction tranchée entre Bürgschaft accessoire et Garantievertrag non accessoire est impuissante à rendre compte de cette multiplicité. Le degré d'accessoriété (Akzessorietät) (114) comme celui de non-accessoriété de chaque forme de sûreté personnelle est fonction de son sens et de son but (Sinn und Zweck), en d'autres termes, des risques envisagés et assurés dans la sûreté personnelle (115).

La conclusion des travaux de l'institut Max Planck d'Hambourg va dans ce sens : *"Le fait que la sûreté personnelle sert à renforcer la créance implique une certaine relation de dépendance entre le sort de la créance garantie et*

celui de la sûreté. Le degré de cette dépendance est essentiellement déterminé par l'étendue typique de la sûreté personnelle. Si la sûreté a uniquement pour but de décharger le créancier du risque consistant en ce qu'une prestation qui lui est due ne soit pas effectuée, l'obligation du donneur de sûreté ne peut en principe excéder celle du débiteur; en tant que simple obligation accessoire, elle en dépend et est liée à son sort. Par contre, si la prestation du garant est plus ou moins fortement distincte de l'obligation du débiteur et indépendamment de celle-ci promise au créancier, le lien avec la créance garantie doit nécessairement se relâcher et peut même totalement être relégué à l'arrière-plan" (P16).

B. La distinction fondée sur l'étendue des risques pris en charge par la sûreté personnelle.

142. La doctrine et la jurisprudence allemandes récentes retiennent souvent, à côté du critère de"l'accessoriété", l'autre critère fondé sur l'étendue des risques (Risikobereich) couverts (117) : *"Tandis que la caution ne protège le créancier que contre les conséquences de l'incapacité de paiement (Zahlungsunfähigkeit) et contre le refus de paiement (Zahlungsunwilligkeit), le garant veut retirer (abnehmen) au créancier le risque financier (Finanzielle Gefahr) et s'engage dès lors même pour des événements "extraordinaires" ("a-normaux") (nicht typischen Zufalle)".* (118).

C. La garantie bancaire automatique et les risques couverts.

143. La garantie bancaire automatique est un contrat de garantie dans la mesure où elle couvre des risques inhabituels ,"extra-ordinaires";"a-normaux", "a-typiques".Cette affirmation se retrouve chez de nombreux auteurs : Lieseke (119), Plever(120),RATZ (212),Käser(122), Kleiner(123).Dès 1958, l'autrichien Schinnerer note que la caution délivrée par une banque doit être interprêtée comme un contrat de garantie lorsque *"la banque s'est également engagée pour des événements atypiques tels que, en particulier, le risque d'une limitation des sorties de devises ou l'interdiction de prestations par l'autorité étatique".* (124)

144. Quelques auteurs ont essayé de préciser les risques couverts par la garantie bancaire automatique. Marschall von Bieberstein (125)note : *"La garantie "automatique" donne au bénéficiaire une sûreté particulièrement efficace.Elle le décharge non seulement du risque d'insolvabilité et du risque de non-validité ou de déchéance de la dette assurée, mais aussi du risque de contestations procédurales".* En outre,selon le même auteur, elle prend en charge certains risques politiques d'illicéité de l'opération garantie comme le notait déjà Von Caemmerer (126) : *"Certains obstacles à la prestation présentent un risque particulier qui est fonction de dispositions économiques du pays de l'obligé ou du bénéficiaire, par exemple le décret d'embargo, des limitations à l'importation ou à l'exportation ou des restrictions de sorties de devises.Le risque de leur survenance est, pour le partenaire étranger, difficile à prévoir, à évaluer et à éviter; le bénéficiaire de la garantie pourra cependant, malgré ces restrictions, réclamer la garantie et la banque garante ne pourra soulever d'exceptions".*

Nous reviendrons sur cet approfondissement de la fonction de la garantie automatique comme forme particulière (Sonderfall) du contrat de garantie (127).

§3. La validité de la garantie bancaire automatique.

145. Le principe de la liberté contractuelle (128) est généralement invoqué dans les droits germaniques pour justifier la validité du contrat de garantie non accessoire. Le fait que peu d'auteurs se soucient de préciser la nature spécifique du contrat de garantie automatique comme forme particulière de sûreté personnelle explique que cette référence suffit à la doctrine majoritaire.

146. Un petit nombre d'auteurs (129) reprennent à leur compte la justification donnée par la première décision allemande relative à la garantie automatique (130) : *"Puisque l'engagement de la banque de payer à première demande au créancier de son client doit, tant dans le commerce allemand qu'international, remplacer un dépôt d'argent liquide (Bargeld) ou la remise de traites de cautionnement (Kautionswechseln) et sert à garantir un paiement immédiat (alsbaldige), la banque ne peut ni ne pourra, pour quelque raison que ce soit, opposer aucune exception du débiteur, client de la banque."* La fonction de la garantie "automatique" sûreté personnelle comme substitut d'une sûreté réelle ainsi mise en évidence par la doctrine germanique justifie le renversement du rôle des parties (Umkehrung der Parteirolle) et soumet le donneur d'ordre à la règle : *"Payer d'abord; recourir ensuite" ("Erst zahlen; dann prozessieren")* (131).

Article 2: Le principe de l'abstraction de la "Garantie auf erstes Anfordern" zu zahlen et sa nature juridique.

§1. Le principe de l'abstraction de la "Garantie auf erstes Anfordern".

147. Dans les droits germaniques, le principe de l'abstraction de la garantie automatique se confond principalement avec sa non-accessoriété : "*La garantie bancaire est séparée (getrennt) de l'opération commerciale de base. S'il n'en était pas ainsi, la garantie bancaire serait ramenée à un simple cautionnement!*" (132).

L'abstraction ou la non-accessoriété de la garantie automatique a le même fondement que celui du crédit documentaire. "*Par la mise en place d'une garantie ou d'un accréditif (=crédit documentaire), les parties conviennent par des clauses particulières qu'une prestation déterminée leur sera due, sans préjudice des différends ultérieurs tirés de l'opération de base. C'est là le but de telles conventions.*" (133) L'identité des finalités de la clause de garantie et de la clause d'accréditif - et non, comme dans les droits anglo-saxons, l'identité ou l'analogie de forme des deux institutions (134) - justifie l'identité de degré d'abstraction constamment affirmée par les auteurs germaniques (135).

148. Ainsi , les auteurs germaniques consacrent unanimement la stricte inopposabilité au bénéficiaire de la garantie automatique de toutes les exceptions affectant les relations banquier-donneur d'ordre. Une interdiction de sortie de devises dans le chef du donneur d'ordre, sa faillite, ne peuvent autoriser le garant à refuser le paiement (136). Ces conclusions rejoignent celles qui sont déjà admises en matière d'accréditif (137).

De même, il est unanimement reconnu qué, même cessionnaire des droits du

garanti (138). Le garant ne peut invoquer les litiges relatifs au contrat de base ou, plus généralement, à l'opération garantie (139) : ainsi, il ne peut invoquer l'impossibilité d'exécution de l'opération due à une interdiction d'exportation (140), la nullité du contrat pour commerce avec l'ennemi ou pour infraction au rationnement (141), la résiliation du contrat (142) etc..

Les doctrines germaniques ont cherché à expliquer l'abstraction de la garantie automatique par sa nature juridique.

§2. La nature juridique de la "Garantie auf erstes Anfordern zu zahlen": Contrat abstrait ou contrat causal.

149. Si les doctrines majoritaires suisse et autrichienne (143) se sont désintéressées de l'étude de la nature juridique de la garantie automatique, la doctrine allemande a longuement débattu de la question et a cherché dans la nature -abstraite ou causale- du contrat de garantie automatique l'explication de son abstraction.

A. La garantie automatique, contrat abstrait.

150. Le droit allemand définit le contrat abstrait comme le contrat détaché de sa cause, ce détachement se fondant sur la volonté d'abstraction du débiteur.

Il convient de rappeler ici très sommairement les concepts et le raisonnement développés par les tenants de la théorie de l'acte abstrait :

- L'abstraction d'un acte est son détachement d'un "acte de base";
- Donc, un acte abstrait est un acte détaché de son "acte de base";
- Or, la cause d'un acte est son "acte de base";
- Donc, un acte abstrait est un acte détaché de sa cause.

Selon la doctrine classique, le législateur aurait reconnu différentes formes de contrats abstraits : premièrement, la promesse (Schuldversprechen) et la reconnaissance de dette (Schuldanerkenntnis) abstraite, réglées respectivement par les §§ 780 et 781 BGB ; secondement, l'assignation (Anweisung) des §§ 783 BGB et s. (144).

Le § 780 BGB stipule : "*La validité d'un contrat par lequel est promise une prestation de manière telle que cette promesse doive fonder par elle-même l'obligation, nécessite que la promesse soit donnée par écrit...*"sauf en matière commerciale. L'analogie des expressions utilisées dans les promesses unilatérales de paiement et dans des engagements de garantie automatique devait logiquement conduire certains à voir dans la première institution l'explication de la seconde (145).

151. L'article "Bankgarantien im Aussenhandel" de von Caemmerer (146) remet en question cette première explication: "*Si on veut parler ici de "promesse de paiement abstraite", il doit être clair qu'il ne peut s'agir d'une promesse abstraite au sens habituel du § 780 BGB. Le but d'une telle promesse est, en effet, de n'envisager que discrètement la question de la cause ou mieux d'exonérer le créancier de la charge de la preuve et de lui ouvrir la possibilité d'un recours sur titre* (147).*Dans ce cas de simple abstraction provisoire (bloss vorläufige Abstraktheit), l'exception (Einrede) d'absence de cause (Rechtsgrund) reste permise (§812 et s. BGB)* ((148).*Ainsi, l'obligation souscrite resterait dépendante des relations causales (Kausalbeziehungen) entre promettant et créancier, ce qui ne peut être le cas ici (dans l'hypothèse d'une garantie bancaire à première demande). Par conséquent, pour découvrir un fondement légal, il faut, comme en matière d'accréditif* (149), *raisonner par analogie avec le § 784 BGB.*"

En effet, note Aubagen (150), *"le sens et le but (Das Sinn und Zweck)*+ (151) *de la garantie bancaire exige que le garant ne puisse, à aucun moment, se prévaloir des relations entre le garant et le bénéficiaire pour se soustraire à son engagement qui doit "équivaloir à la remise d'un dépôt en espèces". En d'autres termes, l'abstraction de son engagement est définitive (endgütige)".* Le banquier garant est donc dans une position "abstraite", analogue à celle qui est la sienne lorsqu'il ouvre ou confirme un crédit documentaire. Or, depuis les réflexions d'Ulmer (152), le doctrine allemande (153)légitime généralement l'abstraction définitive de l'engagement du banquier apériteur ou confirmateur d'un crédit documentaire irrévocable en se référant à celle que la loi confère à l'assignation (Anweisung = institution semblable à notre délégation - paiement imparfait (154)). Le § 784 BGB énonce en effet : *"Si l'assigné (délégué) accepte l'assignation (délégation), il est obligé envers le bénéficiaire de l'assignation (délégataire); il ne peut lui opposer que les exceptions qui résultent de la validité de l'assignation elle-même, qui naissent du contenu de l'assignation ou qui se fondent sur les relations immédiates entre assigné et bénéficiaire."*

152. La doctrine récente conteste l'analogie du crédit documentaire et de l'assignation (155), les limites spécifiques de l'abstraction de l'engagement du banquier apériteur d'un crédit documentaire s'expliquant par la fonction ("le sens et le but") de ce moyen de paiement propre au commerce international(156). Dès lors, si l'on peut douter de l'analogie entre deux moyens de paiement -crédit documentaire et assignation- on doit hésiter plus encore lorsque l'analogie s'établit entre un moyen de paiement et une sûreté personnelle (157).

Cette constatation amène Canaris à refuser toute analogie :

+ Nous soulignons

"L'inopposabilité des exceptions (propre au contrat de garantie) contient en elle-même sa propre compréhension, et dès lors n'a besoin d'autre fondement que la référence (Hinweis) au "sens et but" de l'opération de garantie. Toute application analogique du § 784 BGB est de ce fait superflue (uberflussig).."
A la suite de Canaris, nombre d'auteurs (159) se contentent d'évoquer la nature abstraite "sui generis" du contrat de garantie à première demande.

B. La critique de Kübler:

La garantie automatique, contrat causal.

153. La démonstration de Kübler (160) tend à établir que:

1. la notion d'acte abstrait n'est pas le fondement de l'abstraction propre à certaines opérations bipartites (promesse ou reconnaissance de dette) ou tripartites (assignation) ;

2. la justification de l'abstraction des opérations susdites par leur nature d'"actes volontairement abstraits de leur cause" se fonde sur une compréhension insuffisante de la notion de cause réduite au seul contrat de base. L'abstraction desdites opérations doit, au contraire, s'expliquer par leur cause, mais adéquatement comprise.

Le raisonnement de Kübler à propos de la garantie automatique se décompose en deux propositions. Il montre en outre la confusion entre la nature abstraite de la garantie automatique et sa non-accessoriété.

1. L'inutilité de l'explication de l'abstraction propre à la garantie automatique par le recours à la théorie de l'acte abstrait.

154. L'inopposabilité par le garant des exceptions (Einwendungsausschluss)

tirées du rapport commercial de base dit "rapport de valeur" (valutaverhältnis) et de l'ouverture de crédit dite "rapport de provision" (Deckungverhältnis) s'explique soi-disant par la nature abstraite originale du contrat de garantie automatique. Or, cette nature abstraite originale du contrat de garantie ne se justifie elle-même que par les nécessités de l'institution; en d'autres termes, par les sens et le but (Sinn und Zweck) de la garantie automatique.

L'analyse faite par Kübler du raisonnement de la doctrine majoritaire allemande démontre l'inutilité du recours à la théorie de l'acte abstrait. Pour Kübler, en effet, la véritable explication du régime de l'inopposabilité des exceptions propre à la garantie automatique ne réside pas dans le détachement volontaire de l'acte retranché de sa cause, mais dans les nécessités du mécanisme en question. Dans le raisonnement, la soi-disant nature abstraite du contrat de garantie à première demande ne vient en définitive que traduire le régime d'inopposabilité des exceptions propre à l'institution; elle ne l'explique pas.

2. La justification du degré d'abstraction de la garantie automatique par sa nature causale.

155. Le droit allemand définit la cause d'un contrat comme le "typische Verkehrszwecke", la finalité typique de la relation créée par l'opération, objet du contrat. Ainsi, la cause de l'opération de cautionnement est définie comme la garantie de l'exécution de la dette principale, donnée au créancier(161). Si l'on accepte ce sens de la cause, on doit admettre avec Kübler que toute sûreté personnelle a comme "but typique", comme cause, de garantir l'opération d'autrui au profit du bénéficiaire. Cette cause générique commune à toute sûreté personnelle engendre des causes spécifiques subordonnées, selon les diverses

formes de sûreté personnelle (162).

156. En effet, la garantie peut assumer le seul risque d'insolvabilité (Insolvenzgefahr) du débiteur principal. Elle suppose alors l'existence d'une obligation principale et, au delà , la possibilité de faire exécuter cette obligation. Si on appelle cautionnement une garantie ayant cette cause, on justifiera facilement son caractère accessoire. Si certaines garanties bancaires doivent en outre protéger leur bénéficiaire contre certains risques propres au commerce international et, notamment, lui éviter tout risque de litige sur l'existence ou la validité de l'obligation à l'origine de la garantie, on comprendra que la possibilité d'exécuter une telle garantie n'est plus liée à celle d'exécuter l'obligation principale. En d'autres termes, la cause du contrat de garantie à première demande justifie son caractère non accessoire, c'est à dire le fait que le garant ne pourra invoquer les exceptions tirées du rapport de valeur : *"Dès lors, le contrat de garantie n'est pas moins causal que le cautionnement; les deux figures sont immédiatement déterminées (marquées d'une empreinte : geprägt) par leur but opérationnel typique : garantir le bénéficiaire."*(163) Cette approche causaliste rejoint les critiques actuelles de la présentation dichotomique : cautionnement accessoire - garantie non accessoire.

3. La confusion de la nature abstraite de la garantie automatique et de son caractère non accessoire, fondement de la thèse de la nature abstraite.

157. La confusion de la nature abstraite de la garantie automatique et de son caractère non accessoire ressort de nombreux textes. Ainsi, pour Käser (164): *"Dans une garantie causale, l'engagement n'est pas détaché de sa cause, c'est*

à dire du contrat principal à garantir, tandis que dans une garantie abstraite, l'engagement ne dépend pas de cette dette de base".

La doctrine (165) et la jurisprudence (166) autrichiennes, en particulier (167), ont vivement critiqué cette confusion. Comme l'écrit Schinnerer, *"à notre sens, il n'est pas pertinent (Zielführend) de distinguer -comme on le fait souvent- s'il y a prise en charge d'une dette "abstraite" ou non, puisque, indépendamment de la question de la validité des actes abstraits en droit autrichien, il ne s'agit pas de se prononcer sur la présence d'une opération abstraite ou causale, mais bien de savoir s'il y a accessoriété ou au contraire obligation autonome ... Le rapport de dette non accessoire peut dès lors, malgré son caractère non accessoire, être causal."*

158. En définitive, la doctrine traditionnelle ne peut affirmer la nature abstraite de la garantie automatique que dans la mesure où, pour distinguer cautionnement et garantie, elle adopte comme définition de la cause du cautionnement et de la garantie automatique non plus le "typische Geschäftszweck", le "Sinn und Zweck" de l'institution, mais la dette qui sert de fondement matériel au seul cautionnement, à savoir la dette principale valide et pouvant être exécutée.

Article 3: Les limites et le degré d'abstraction propres à la "Garantie auf erstes Anfordern zu zahlen".

159. Nous avons souligné comment la doctrine allemande a mis en évidence l'identité d'abstraction de la garantie automatique et du crédit documentaire. Les deux institutions connaissent les mêmes limites à leur abstraction. Ainsi, comme le crédit documentaire, la garantie automatique ne peut servir à favoriser l'exécution d'une opération contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Une autre exception peut être invoquée par le garant pour se soustraire à son devoir de paiement "automatique" : l'exception tirée du principe de la bonne foi (Treu und Glauben) dans l'exécution du contrat. Nous en étudierons successivement le fondement, les conditions de prise en considération et les différentes applications.

§1. Le fondement de l'exception de mauvaise foi.

160. Le fondement juridique de cette exception est simple : le droit ne peut favoriser l'abus (168) : *"Tout rapport obligatoire est soumis à l'application du principe de bonne foi"*, rappelle Pleyer (169) à propos de la garantie automatique. Auhagen (170) insiste sur le fait que le principe de bonne foi, consacré en droit allemand par le § 242 BGB, doit s'appliquer au rapport contractuel entre banque et bénéficiaire et non au rapport de base : *L'exception de mauvaise foi ne peut se concevoir que sur base du contrat de garantie et non sur base du rapport de valeur"*(171). C'est donc par rapport au sens du contrat de garantie "automatique"que doit s'analyser le contenu du devoir de bonne foi du bénéficiaire vis à vis du garant. Ceci justifie la limite à l'opposabilité de

l'exception de mauvaise foi au bénéficiaire de la garantie par le "garant automatique", limite unanimement acceptée par la doctrine germanique.

§2. La prise en considération de l'exception de mauvaise foi

161. *"L'exception ne peut être admise que dans les cas exceptionnels où il est clair que la demande est "manifestement non fondée" (offensichtlich unbegründet). Le critère "manifestement non fondé" n'est pas facile à définir ... La banque ne peut en aucune façon être forcée, même lorsque son client le réclame, de refuser le paiement de la somme garantie au motif que le client pourrait opposer au bénéficiaire l'exception d'abus de droit (unzulassige Rechtsausübung). Ceci serait contraire au but essentiel (Hauptzweck) de la garantie : assurer au bénéficiaire une exécution sûre et rapide de sa prétention. Le caractère non fondé de la demande doit être clair et non contestable de telle sorte qu'il s'avère que ce n'est point une interprétation divergente des dispositions contractuelles, mais un écart évident, voire un comportement consciemment frauduleux du bénéficiaire qui ont déterminé sa demande ".* (172)

Si la banque n'assume pas le risque de mauvaise foi du bénéficiaire, il ne lui est cependant permis - et il ne peut lui être imposé (173) - de refuser le paiement que lorsque cette mauvaise foi est manifeste. Ainsi le requièrent le "sens et la fonction" du contrat, c'est à dire la "Liquiditätsfunktion", "fonction essentielle de la garantie automatique"(174), quant à l'équilibre d'intérêts mis en place par le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

Ces conclusions confirment (175) le rôle de stricte neutralité du banquier (176) et fondent l'application analogique des solutions déjà unanimement retenues pour l'accréditif (177).

162. La jurisprudence (178) confirme cette conception restrictive. L'Oberste Gerichtshof autrichien, le 4 mai 1979 (179) précise :*"Quand la demande de la prestation garantie constitue un abus, alors seulement est ouvert à la banque le droit de refuser le paiement. Mais qu'on ne s'y méprenne pas. Le seul fait que le donneur d'ordre affirme que l'appel à la garantie est fait à tort d'après la convention entre lui et le bénéficiaire, ne fait pas, de soi, apparaître l'abus de droit. Si la banque, à l'inverse, a des moyens de preuves "liquides et évidents" (liquide und eindeutige) que le cas où la garantie doit intervenir n'est pas arrivé ou que le droit à assurer par le contrat de garantie n'existe pas juridiquement dans le chef du bénéficiaire, il y a alors abus évident lorsque le bénéficiaire réclame le paiement. Dans l'intérêt de la sécurité du commerce, il faut exiger que la fraude soit évidente."* (180).

Ainsi, les juges refuseront, sauf cas de fraude évidente, toute demande en référé (Einstweilige Verfügung) du donneur d'ordre visant à interdire le paiement du garant. *"L'essence (Wesen) de la garantie consiste à assurer le paiement au bénéficiaire, nonobstant tout désaccord (Meinungverschiedenheit) entre ce dernier et le donneur d'ordre... L'octroi d'un référé est incompatible avec cette fonction".* (181)

§3. Les cas de "fraude évidente".

163. A. Les cas clairs.

Les limites de l'abstraction de l'accréditif ont été largement développées par la doctrine (182). A cet égard, les auteurs font remarquer que la non justification (Nichtberechtigung) "évidente" du droit du bénéficiaire d'un accréditif ou d'une garantie automatique peut résulter d'une décision juridictionnelle

(judiciaire ou arbitrale) établissant clairement (183) l'absence de droit du bénéficiaire sur base de l'opération garantie; elle sera établie également si l'opération garantie ne correspond à aucune réalité et est manifestement simulée (Scheingeschäft), par exemple pour celer une sortie de devises et éviter une imposition (184)

B. La fraude évidente et la demande tardive.

64. En dehors de ces hypothèses d'école, la jurisprudence allemande présente quelques applications positives et négatives de la notion de "fraude manifeste". Deux décisions ont trait à l'appel en dehors des délais de validité de la garantie. Dans la première hypothèse, les faits soumis à la Cour étaient les suivants: une banque, prétextant la non-récupération de l'acte de garantie, réclame de son client des garanties supplémentaires pour couvrir son engagement de garantie dont la date de validité est pourtant dépassée. L'Oberlandesgericht d'Hambourg (185) lui refuse ce droit au motif notamment que l'appel par le bénéficiaire en dehors des délais de validité serait de toute façon considéré comme abusif et ne justifierait aucun devoir de paiement de la banque. L'affirmation est nuancée par l'Oberlandesgericht de Stuttgart, le 25 janvier 1979 (186). Le bénéficiaire libanais d'une garantie de bonne fin réclamait le paiement de celle-ci. Le telex d'appel était émis trois jours après la date d'expiration de la validité de la garantie. La Cour allemande refusa le paiement de la garantie au nom du principe de stricte interprêtation de la garantie automatique, ajoutant toutefois que, vu les circonstances politiques (guerre civile au Liban), on ne pouvait a priori considérer l'appel comme manifestement abusif.

C. La fraude évidente et la contregarantie.

165. Ces deux premières décisions rappelées, on s'attardera à des décisions plus fondamentales. Plusieurs refusent l'octroi du référé demandé par le donneur d'ordre . Il s'agissait dans ces différents cas de garanties automatiques de bonne fin émises par des banques du pays du bénéficiaire et contregaranties par la banque du donneur d'ordre . Dans tous les cas, la contregarantie est appelée par la banque garante et le tribunal est saisi par le donneur d'ordre qui demande d'interdire le paiement.

Dans la première affaire, jugée par le Landsgericht de Stuttgart le 8 août 1980 (187), l'exportateur allemand affirmait, preuves à l'appui, que le bénéficiaire irakien ne lui permettait pas l'installation de l'entreprise de verre. L'appel à la garantie et dès lors à la contregarantie était donc selon lui manifestement abusif. Le juge déboute le demandeur. Il ne conteste pas *"ses moyens de preuves liquides" (liquiden Beweismittel)* mais ceux-ci ne prouvent que la fraude du bénéficiaire et non celle du garant. Or le contregarant s'est engagé envers le garant et non envers le bénéficiaire. Tout octroi de référé dans une telle hypothèse *"mettrait en péril la réputation des banques"* allemandes (188).

166. Le 23 janvier 1981, l'Oberlandsgericht de Saarbrucken (189) devait pour la même motivation écarter la requête du donneur d'ordre. En l'hypothèse, les documents, en particulier les certificats de qualité, qui accompagnaient l'exportation de la marchandise rendaient vraisemblable mais non manifeste, relève le juge, la fraude du bénéficiaire (190). Il ajoute :*"Même si ces documents rendaient manifeste que la demande du bénéficiaire est faite à tort, cela ne signifierait pas encore que l'appel de la banque garante auprès de la banque contregarante est manifestement frauduleux."* (191)

Ainsi, selon la conclusion de von Westphalen (192), *"l'octroi d'un référé contre la volonté de paiement d'une banque garante est pratiquement réduite au cas où la garantie est délivrée directement (au tiers par la banque du donneur d'ordre +)"*.

Cette conclusion est confirmée par la décision de l'Oberlandsgericht de Stuttgart le 11 février 1981 (193) : *"Le donneur d'ordre de la garantie ne peut s'opposer au paiement de la banque allemande appelée en contregarantie par la banque domiciliée dans le pays du bénéficiaire..."*. La décision ajoute :*"...Même lorsque la banque du donneur d'ordre doit payer après l'écoulement du délai de garantie convenu."*

D. Les affaires iraniennes et irakienne.

167. Trois décisions, dont deux relatives à des affaires iraniennes, ont cependant admis l'octroi de référé demandé par le donneur d'ordre nonobstant l'existence d'une contregarantie. L'affaire irakienne (194) concerne des travaux de génie civil dont l'exécution avait dû être retardée par suite de l'interdiction décidée par les autorités turques de tout transit des marchandises allemandes. Le bénéficiaire , l'administration irakienne fit appel à la garantie et la banque allemande contregarante fut à son tour appelée. Le donneur d'ordre obtient gain de cause. Le juge estime en effet que la demande est manifestement abusive. Il invoque pour ce faire deux raisons :

1. La banque allemande était d'accord de proroger la garantie;
2. Conformément aux clauses du contrat de base, les parties avaient le devoir de s'en remettre à une commission arbitrale lors de difficultés d'exécution du contrat, dûes à des imprévisions (195). *"Or, il est manifeste que le bénéficiaire*

+ Nous ajoutons

iranien n'a fait aucun effort pour aboutir à une décision de cette commission".

168. Des deux affaires iraniennes (196), nous retiendrons celle de Francfort En l'occurrence, l'exportateur allemand devait livrer en Allemagne à une société iranienne cent machines transportées par la suite en Iran et montées sur place par l'importateur. Une garantie de bonne fin fut émise. Depuis mars 1976, trois machines restant à livrer, la garantie était régulièrement prorogée suivant la formule "extend or pay". En septembre 1979, appel fut fait à la garantie, et le garant se retourna contre le contregarant allemand. Le tribunal enjoignit à ce dernier de ne pas payer. La demande du bénéficiaire est en effet abusive : *"L'exportateur a rendu crédible ("glaubhaftgemacht") le fait qu'il a rempli tous ses devoirs contractuels; que l'importateur a refusé sans cause la livraison des trois dernières machines; que l'importateur, pendant plus de trois ans, n'a jamais émis aucune réclamation substantielle, qu'il a admis son incapacité de monter les machines, alors que, selon le contrat, il devait effectuer le montage..."*

169. Ces dernières décisions sont importantes. Les premières suggèrent une conclusion aux conséquences graves pour le donneur d'ordre : l'exception de fraude manifeste ne vaudrait droit lorsque la demande de paiement émane du garant(cas de la contregarantie) et non du bénéficiaire. Les secondes infirment la conclusion des premières mais complètent l'approche anglo-saxonne de la notion de fraude. D'une part, en effet, pour constater la fraude du bénéficiaire, les juges se réfèrent au contrat et à l'équilibre contractuel fixé : en l'occurrence, la garantie de bonne fin ne peut couvrir les risques d'exportation et d'incapacité technique lors du montage lorsque l'importateur les a pris en charge en vertu du contrat,et la survenance du risque d'imprévision n'autorise pas de soi le bénéficiaire à appeler la garantie. D'autre part, il suggère une règle de preuve de la

fraude. La preuve de la fraude du bénéficiaire résulte en l'espèce de la démonstration par le donneur d'ordre de la parfaite exécution de ses propres obligations. Nous reprendrons ces questions liées aux possibilités offertes au donneur d'ordre d'empêcher le paiement de la garantie.

CONCLUSIONS.

170.1. La garantie bancaire automatique est analysée dans la doctrine majoritaire germanique comme une sûreté personnelle non accessoire par opposition au cautionnement accessoire. Certains auteurs -peu nombreux- cherchent à approfondir, par l'étude du "domaine des risques"couverts", la spécificité de cette forme non accessoire par rapport aux autres formes de sûreté personnelle.

2. La validité de la garantie bancaire automatique s'appuie sur le principe de liberté contractuelle confrontée aux exigences du commerce international.

3. L'abstraction de la garantie bancaire automatique est identique à celle du crédit documentaire. Elle se fonde sur la fonction, "le sens et le but", de l'institution. Cette référence à la fonction du contrat rend inutile toute explication par la nature abstraite de la garantie automatique puisque sa cause est non une dette de base (théorie de l'acte abstrait), mais la fonction qu'elle remplit.

4. Le sens et le but de la garantie bancaire automatique justifient l'exclusion de principe de mesures judiciaires provisoires tendant à empêcher le paiement du garant ; le sens et la fonction de la garantie automatique autorisent -voire obligent- le banquier garant à ne pas payer lorsqu'il y a fraude du bénéficiaire, établie par des moyens "liquides et évidents".

5. Exceptionnellement, en cas de"fraude manifeste" du bénéficiaire, le juge accueillera la demande du donneur d'ordre visant à empêcher le paiement.
A ce propos, la jurisprudence allemande est divisée : certaines décisions interprêtent largement la notion de fraude manifeste et recourent à une analyse de l'équilibre contractuel assuré par la garantie bancaire ; d'autres interdisent tout octroi de référé lorsque la demande émane non pas du bénéficiaire, mais du garant.

SECTION III: LE DROIT ITALIEN

71. On ne connaît que peu de décisions italiennes relatives à la garantie bancaire automatique délivrée dans le commerce international (197). L'approche italienne est donc principalement théorique. Elle s'appuie sur les conclusions originales de la jurisprudence concernant des formes de sûreté personnelle non accessoires. (Article 1).

Elle se caractérise par la prise en considération du rôle de la cause dans l'explication de la particularité de chaque sous-type(sottotipo) innommé (innominato) de sûreté personnelle (article 2).

Enfin, l'approche italienne propose une justification originale des limites de l'abstraction de la garantie bancaire automatique délivrée dans le commerce international.

ARTICLE 1 : "Nel genus fideiussioni : La garanzia "automatica" bancaria"(198).

§1. La "Garanzia automatica bancaria" et le "Garantievertrag".

72. La littérature italienne sur la garanzia "automatica" ou "fideiussione automatica" (199) a été indiscutablement marquée par les analyses germaniques qui l'ont précédée. Dès 1963, Morera (200) signalait la première décision allemande du Landsgericht de Francfort et soulignait l'intérêt de la distinction théorique proposée par le droit allemand entre "Garantievertrag" et "Burgschaftsvertrag". (201)

Ainsi, c'est à la définition du "Garantievertrag" de Stammler que se réfère Maccarone lorsqu'il définit le contrat autonome de garantie comme le contrat de

sur base duquel "*une partie s'engage à préserver les intérêts de (tenir indemne) la partie en faveur de laquelle la garantie est prestée, couvre tous les dommages que ce dernier pourrait subir suite au défaut d'exécution d'une obligation d'un tiers envers le bénéficiaire de la garantie, indépendamment de l'existence de la validité et de la possibilité d'exécution de l'obligation garantie*"(202).

173. Pour la doctrine italienne, comme pour la doctrine allemande, il s'agit avant tout d'expliquer le caractère non accessoire de cette "garanzia automatica" et la validité de cette dérogation à l'article 1939 du code civil italien qui établit l'accessoriété (accessorietas) de la fideiussione (203). L'absence dans la doctrine classique italienne d'une figure comparable au Garantievertrag germanique l'oblige à un raisonnement original fondé sur des précédents jurisprudentiels (§ 2) dont Portale fait la synthèse (§ 3).

§2. Les précédents jurisprudentiels.

174. On peut regrouper ces précédents en trois catégories :

1. Certains reconnaissent des cautionnements civils présentant des dérogations limitées à l'accessoriété ;

2. Certains concernent spécifiquement des cautionnements "à première demande" délivrés par des compagnies d'assurances en faveur d'organismes publics italiens;

3. Certains, enfin, concernent la validité de la "Garanzia pura" et souhaitent explicitement que soit admise la garantie bancaire automatique délivrée dans le commerce international.

A. L'arrêt de la Cour de cassation du 3 septembre 1966

175. Un vieil arrêt de la cour d'appel de Fiume (204)avait admis la validité et l'efficacité de la clause "solve et repete" adjointe à un cautionnement, c'est à dire d'un cautionnement payable à première demande sous réserve de recours ultérieurs (205). Cette décision, critiquée par certaine doctrine (206) et infirmée par un arrêt de la Cour de cassation (207), avait cependant reçu l'appui entre autres de Fragali (208) qui voyait dans cette renonciation provisoire aux exceptions, non point une dérogation au caractère accessoire du cautionnement, mais la recherche *"d'une plus grande rigueur dans la responsabilité et surtout dans l'exécution de la fideiussione"*. Ce désir légitime ((209) du créancier doit conduire, selon lui, le droit italien à consacrer la validité de cette technique particulière de fideiussione.

176. Ce raisonnement de Fragali introduit l'important arrêt de la Cour de cassation italienne du 3 septembre 1966 (210). Il s'agissait de savoir si l'article 1957 du code civil qui prononce la déchéance de l'action contre la caution du créancier qui n'a pas agi dans les six mois, est applicable à une "fideiussione" par laquelle le"fideiusseur" s'est obligé à répondre au créancier même en cas d'invalidité de l'obligation principale.

L'intérêt de l'arrêt n'est pas au premier chef sa réponse à la question précise posée, mais son analyse de la nature juridique d'une telle fideiussione, problème que les arguments de la banque demanderesse l'oblige à recontrer. Selon la banque, il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1957 du code civil : la convention passée, quoique dénommée "fideiussione", était en réalité *"la prise en charge (assunzione) simple et inconditionnée de la dette d'autrui,* une "espromissione" (211). Elle appuyait son raisonnement sur le fait que les parties

avaient entendu expressément déroger à l'"accessoriété" de l'engagement, caractéristique essentielle de la fideiussione selon l'article 1939 Code civil. En d'autres termes, l'engagement était principal et donc ne pouvait plus être qualifié de fideiussione.

La Cour de cassation rejette l'argument bancaire ; elle oppose à une conception "dogmatique", une approche "typologique" pour affirmer la supériorité de la seconde et la validité comme fideiussione d'une fideiussione avec renonciation à l'exception d'invalidité de la dette principale. *"Personne ne peut nier que, dans la conception dogmatique de la fideiussione, l'accessoriété par rapport à l'obligation garantie soit un élément logiquement nécessaire; il est évident que parler de garantie de l'obligation d'autrui si celle-ci n'existe pas n'a pas de sens".* Mais la Cour ajoute à ce point de vue théorique: *"Il reste qu'est tout à fait différent le problème qui surgit lors de la recherche de la volonté contractuelle effective dans un cas où les parties déclarent vouloir s'engager par une fideiussione et s'accordent pour adjoindre aux clauses normales d'un tel contrat, une clause par laquelle ledit fideiusseur s'engage à répondre au créancier même en cas d'invalidité. Dans ce cas, la reconstruction de la volonté contractuelle dans un domaine régi par le principe de l'autonomie de la volonté au sens de l'article 1322 C. civ. (212) , et par la possibilité qui s'ensuit de pouvoir créer des formes "a-typiques" (a tipiche) (213) de contrat, peut être soumise à une seule limite : l'existence de motifs de nullité qui ... empêcherait de retenir comme valide et opérante la convention".* Enfin, après avoir reconnu cette forme "a-typique" du contrat, la Cour de cassation prend soin d'affirmer néanmoins son appartenance à la catégorie de la fideiussione, même si cette forme n'est pas strictement réductible au "nomen iuris" de la fideiussione. Cela entraîne notamment l'applicabilité de l'aticle 1957 C. civ. à

cette forme "a-typique". Cette décision de la Cour de cassation suscita des commentaires en sens divers.

177. Aucun auteur ne conteste la possibilité de formes "a-typiques" de fideiussione mais certains (214) s'interrogent sur les limites de cette création et font principalement valoir que *"de telles modifications ne peuvent avoir pour effet d'outrepasser les limites fixées par la cause du contrat"* (215),à savoir l'"accessoriété" de la fideiussione. L'argument fut développé récemment encore à propos de l'appel à une garantie automatique de bonne fin délivrée en faveur de l'administration iranienne (216). Le prêteur de Ferrare accorde l'interdiction de paiement demandée en référé par le donneur d'ordre au seul motif que : *"le contrat de cautionnement passif convenu entre le soumissionaire et l'institut de crédit est vicié dans la mesure où il apparaît qu'il a été contracté à des conditions plus "onéreuses" que l'obligation principale".*

Une note de Fragali (217) approuve l'arrêt. Cette note est relative à une autre pratique bancaire courante : la fideiussione-avallo, par laquelle le fideiusseur s'oblige à répondre de l'obligation du débiteur comme *"si la signature de la banque avait figuré sur une traite"*. Le principe mis en évidence par Fragali est la commune appartenance de la fideiussione-avallo, de la fideiussione d'une dette nulle de nullité relative et de la fideiussione simple au genre "fideiussione" (218), sûreté personnelle dont la caractéristique est la subsidiarité et non pas l'accessoriété (219).

178. Il reste dès lors à démontrer la validité de la création d'un nouveau type au sein du genre fideiussione suivant le principe de l'article 1322 C. civ. : *"Les parties peuvent conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types*

régis par une réglementation particulière pourvu qu'ils soient dirigés vers la réalisation d'intérêts dignes de protection." Deux arguments sont proposés :

1. La clause de renonciation à faire valoir l'invalidité du contrat principal, correspond à des intérêts dignes de protection. Elle présente, en effet, l'avantage pour le fideiusseur de ne pas devoir jouer le rôle d'arbitre et, pour le créancier, celui d'obtenir un paiement sûr et rapide . Il est évident- Fragali le souligne- qu'on ne peut, selon ce principe, comprendre cette clause de renonciation que comme limitée aux seuls motifs d'annulabilité et non l'étendre aux motifs de nullité pour cause ou motif illicite ou immoral.

2. La consécration par la loi d'un cas de fideiussione de dette nulle, à savoir la dette d'un incapable, doit permettre l'admission d'autres cas de fideiussione de dette nulle de nullité relative (220) . Cette consécration rend *"évident le fait que les limites fixées par l'article 1939 et donc par l'article 1945 ne sont pas essentielles au genre fideiussione".*

Ce raisonnement de la Cour de cassation italienne repris et développé par Fragali est présent dans les décisions relatives aux assurances-cautions "à première demande".

B. Les cautionnements "à première demande" délivrés par les compagnies d'assurances.

9. Le point de départ de cette jurisprudence est la constatation suivante, déjà relevée (221) : la plupart des cautionnements délivrés en faveur des administrations publiques trouvent leur origine dans la volonté réglementaire de définir une sûreté personnelle qui serve de substitut à une forme de sûreté

réelle particulièrement onéreuse pour le débiteur, à savoir la remise par le débiteur à l'administration d'une certaine somme d'argent ou de titres en garantie de ses engagements. Or, l'avantage de la caution, sûreté réelle (en italien : cauzione), est sa facilité de réalisation par le créancier qui en tant qu'administration dispose du privilège du préalable. Pour que la caution, sûreté personnelle (en italien : fideiussione), puisse donc servir de substitut réel à la cauzione, de nombreuses réglementations prévoient son paiement " à première demande" (=a la prima richiesta).

180. Deux décisions ont tiré les conséquences de cette pratique. Elles concernent des cautionnements émis par des compagnies d'assurances pour compte de l'administration. Ainsi, une première décision du tribunal de l'Aquila du 26 mai 1966 (222)condamne la caution "à première demande" à verser la somme assurée même si le jugement en résolution du marché pour lequel le cautionnement a été demandé est pendant.

La seconde décision est plus nette encore. Les faits analysés par la Cour de cassation italienne le 7 septembre 1968 (223) sont les suivants : une entreprise se voit adjuger un marché public. Au cours de l'exécution, l'administration réclame à l'assureur-caution le paiement des sommes garanties. L'assureur s'exécute, nonobstant l'opposition du donneur d'ordre qui fait valoir qu'il a parfaitement respecté ses engagements. Lors du recours de l'assureur contre le donneur d'ordre, ce dernier refuse de payer. Il invoque un jugement intervenu entre-temps et devenu exécutoire, jugement par lequel il appert qu'il est créancier de l'administration, bénéficiaire du cautionnement. La Cour de cassation rejette son argument et constate la validité du paiement fait par l'assureur et son droit au recours : *"L'assurance-caution constitue une forme intermédiaire entre la fideiussione au sens strict et le dépôt d'une caution* (224) *en ce*

que l'obligation de l'assureur-caution est destinée à satisfaire le créancier sur la somme objet de la garantie et ceci de manière autonome (in via di autotutela) : il ne peut dès lors être opposé au créancier d'exceptions hormis celles relatives à l'inobservation des formalités prescrites. Le fideiusseur ne peut être admis à contester les faits ou les inexécutions imputés au débiteur garanti du contrat considéré".

181. Ravazzoni (225) voit dans cette décision la consécration de l'originalité de la fideiussione à première demande et de son caractère non accessoire : l'essence même des cautions réglementaires "à première demande" est *"de reconnaître à l'administration un droit discrétionnaire à la saisie des sûretés."* Ce but peut être atteint de deux manières : par une sûreté réelle ou par une sûreté personnelle. Il ne s'agit donc pas de mettre sur le même pied, d'assimiler ces deux sûretés, mais au contraire de leur reconnaître à l'une et à l'autre la nécessité d'atteindre ce but par des moyens propres. Dès lors, *"l'impossibilité de déroger à la norme de l'accessoriété de la fideiussione ne représente pas une objection insurmontable (muro insuperabile). En effet, admettre l'obligation d'un sujet qui soit tenu du paiement de la dette d'autrui sans pouvoir opposer les exceptions opposables par le débiteur principal constitue une nécessité sociale dont il faut tenir compte".* (226)

"La caution "à première demande"", poursuit Mungari (227),*"parce qu'elle a pour but une protection immédiate et plus efficace du créancier, ne s'oppose à aucune norme impérative de la loi. De telles "fideiussione cauzionali" se justifient facilement par la fonction pratique qu'elles sont appelées à remplir in casu, au service d'intérêts d'importance à la fois économique et sociale indubitable et, par conséquent, dignes de protection... Dans la mesure de cette discordance entre la cause traditionnelle de la fideiussione et l'effet empirique*

voulu par les parties (lorsqu'elles mettent en place une fideiussione à première demande), il peut y avoir -et normalement, il y aura par accord des parties- des adaptations et des dérogations à la réglementation légale. Ces adaptations et dérogations viseront à mettre la structure de la fideiussione en accord avec le but différent voulu"(228).

C. La "garanzia pura" :

Les deux décisions milanaises.

182. Les faits à l'origine de la décision du tribunal civil de Milan du 15 juin 1978 et de l'arrêt de la cour d'appel de la même ville du 4 mars 1980 (229),sont particuliers. Pour obtenir une avance de la banque, une société éditrice convient de lui céder le bénéfice d'un contrat d'assurance-crédit, contrat couvrant à 80 % les pertes éventuelles sur la vente des ouvrages édités par la société. Outre cette cession, la banque réclame de la compagnie un avenant ou plutôt un "appendice per vincolo" par lequel la compagnie s'engage directement envers la banque. En particulier, la compagnie renonce à lui opposer les exceptions opposables au client assuré pour inexécution par celui-ci des obligations résultant des conditions générales de la police.

En mars 1975, la compagnie d'assurances refuse le renouvellement de la police conclue avec la société d'édition. La banque réclame cependant et fait valoir un droit propre à la "garantie pure" (garanzia pura). La compagnie d'assurances refuse tout paiement en invoquant deux moyens :

1. Le contrat de"garantie pure" tel qu'il est évoqué par la banque n'existe pas;

2. Son engagement envers la banque doit être considéré comme un simple pacte,

adjoint à la police souscrite par la société éditrice et ne peut dès lors comporter des obligations plus lourdes pour la compagnie d'assurances.

183. Le tribunal civil de Milan rejette l'argumentation de la compagnie d'assurances. Il s'attache principalement à démontrer :

1. que le "contrat de garantie pure" existe en soi et correspond à une fonction économique et sociale digne de protection;

2. que l'interprêtation de la convention concrète révèle effectivement la présence de ce contrat de garantie et permet de qualifier ainsi cette convention.

Pour le tribunal, le type "contrat de garantie pure" se caractérise par l'indépendance du sort de la sûreté personnelle par rapport à celui de l'obligation garantie. Pour apprécier la légitimité de ce type, il ne faut pas s'en référer simplement à l'emploi effectif de cette technique contractuelle, mais bien plus à son admissibilité dans un ordre juridique qui se fonde sur le principe de l'autonomie contractuelle (atipicita negoziale). *"Or, il n'est pas douteux que la jurisprudence* (230) *reconnaisse ce type de contrat caractérisé par le fait qu'il assure une prestation au bénéficiaire indépendamment de la validité du rapport de base (rapport sottostante) qui est l'objet de la garantie..."*

184. La cour d'appel de Milan confirme la décision du tribunal de Milan. L'interprêtation de la garantie délivrée à la banque fait clairement apparaître que l'engagement de la compagnie d'assurances ne se limite pas à couvrir (vis-à-vis de la banque) le risque du défaut de paiement des primes à la compagnie d'assurances par la société éditrice devenue insolvable, mais s'entend à la bonne fin de l'opération de cession indépendamment de l'existence du contrat d'assurance. L'interprêtation du contrat confirme donc, *"par dérogation à l'article 1939 C. civ."*, l'existence d'une *obligation, spécifique et autonome par rapport à l'obligation garantie, d'assurer à la banque le "nomen verum" et le "nomen bonum" de*

la dette cédée."

185. Ces décisions milanaises suggèrent que la distinction entre les différentes formes de cautionnement s'explique par les risques spécifiques couverts par chaque forme de sûreté personnelle (231). Le contrat de "garanzia pura" en tant que sûreté personnelle s'interprête comme une garantie de résultat, c'est à dire de prestation indépendamment de l'obligation (232). Il ne s'agit pas pour autant d'en revenir à la conception dichotomique allemande, puisqu'entre ces deux formes extrêmes - l'examen de la jurisprudence l'a montré - peut exister une multiplicité de formes intermédiaires, telles que le cautionnement "solve e repete" ou le cautionnement d'une dette nulle de nullité relative. Ce n'est que progressivement que la notion de sûreté personnelle se détache de la notion d'obligation, élargissant chaque fois le domaine des risques couverts et corrélativement l'intérêt garanti du bénéficiaire (allargamento del potere di aggressione)(233).

§3. La "garanzia bancaria automatica" comme forme de sûreté personnelle.

186. Dans un article récent, Portale (234) se propose d'établir la validité de la garantie bancaire automatique à partir d'un raisonnement typologique dégagé de la jurisprudence et repris dans toute la littérature actuelle relative à l'institution concernée (235).

Le point de départ est l'arrêt du 3 septembre 1966 (236). La cour, en validant la fideiussione d'une obligation nulle de nullité relative, insistait sur la principe de la liberté contractuelle qui devait permettre l'éclosion de nouvelles formes de sûretés personnelles nonobstant leur non accessoriété:

"... le problème n'est (donc)+ pas un problème de nullité (pour non accessoriété)+

+ *Nous ajoutons.*

mais de qualification, à partir du moment où le caractère essentiel de la clause, en altérant la physionomie de la structure contractuelle (en l'occurrence, celle du cautionnement accessoire), *ouvre un problème de réduction du fait au type*"(237).

Il faut donc souligner l'originalité de chaque type de sûreté personnelle, "*plusieurs types contractuels pouvant remplir la même fonction* (générique)" sans qu'on doive en déduire pour autant l'identité de leur réglementation (238). Ainsi, selon Portale, il est important de montrer comment, suite aux nécessités de la vie économique, le "Garantievertrag" allemand de Stammler s'est progressivement décomposé ou mieux affiné en une multiplicité de types originaux parmi lesquels se range la garantie "automatique" (239). Conçu d'abord pour valider des sûretés personnelles contenant des clauses limitées de dérogation au principe de l'accessoriété, le Garantievertrag, après la seconde guerre, a été utilisé pour la couverture des risques politiques.

187. Son évolution ne s'arrête pas là : "*Le contrat de garantie ainsi décrit n'élimine pas tous les risques liés au commerce : il laisse ouvert le risque de contestation relative à la réalité du présupposé (ricorrenza del presupposto) de l'obligation du garant (défaut d'exécution de l'obligation principale de la part du débiteur principal), contestation qui pourrait retarder notablement l'exécution de la prestation du garant en faveur du créancier (on pense aux preuves que celui-ci devrait fournir en cas de contrat de garantie stipulé pour assurer le dédommagement dû pour mauvaise exécution d'un contrat d'ensemble industriel). La pratique du commerce extérieur, mûe par les intérêts de la banque nullement intéressée à jouer le rôle d'arbitre, a neutralisé cet autre risque par la "tipisazzione" d'une nouvelle clause. On parle de la clause "à première demande". Sa fonction n'est pas seulement de séparer le contrat du*

rapport principal en le rendant autonome - c'est déjà le cas dans les contrats de garantie démunis de cette clause, mais qui sont autonomes parce qu'ils contiennent soit des pactes de dérogation au principe d'invalidité du cautionnement pour invalidité du contrat principal, soit un pacte de renonciation aux exceptions afférentes au rapport né de ce contrat. Sa fonction est surtout d'éliminer tout risque de contestation quant à la pertinence ou à la non-pertinence présupposées qui légitiment la demande de paiement du garant". (240)

188. Ainsi, dans la littérature italienne, la garantie bancaire automatique appartient au genre "sûreté personnelle" par sa fonction de garantie (funzione di garanzia) (241). A l'intérieur de ce genre, elle se distingue des autres formes par le fait qu'elle souscrit à des risques supérieurs, risques dont la prise en charge est imposée par les nécessités du commerce international et qui sont principalement politiques et juridictionels (242). Elle représente la sûreté personnelle dont la fonction de garantie est *"la plus accentuée"*,selon l'expression de Ravazzoni (243).

Pour Portale, la question de la validité de ce type nouveau de sûreté personnelle reste posée. *"La difficulté pour notre système juridique d'admettre la licéité d'un contrat ainsi construit résulte de la conviction que ce contrat, dont le propre est précisément d'obliger le garant à exécuter la prestation même dans le cas de nullité du contrat de base ou d'impossibilité d'exécuter la prestation principale, donne lieu à la création d'un contrat abstrait <u>au sens technique</u>+(astratto in senso tecnico)* (244) *dont le schéma n'est pas admis dans notre code, à la différence du code allemand. Notre code est, en effet, dominé par le double principe de l'article 1325, al. 2 (juste cause de l'attibution)*

+ Nous soulignons.

et de l'article 1462 (nullité des clauses qui excluent l'opposabilité de certaines exceptions)".

La question de la validité de la garantie bancaire automatique renvoie donc à l'étude de sa cause. La définition de la cause de la garantie doit permettre en outre d'expliquer l'"abstraction au sens technique" de cet engagement. Enfin, après l'objection tirée de l'article 1462 du C. civ. italien, il devient possible de fixer les limites de cette abstraction.

Article 2: L'abstraction causale de la garanzia automatica bancaria.

§1. L'abstraction de la garantie bancaire automatique.

189. L'étude de l'abstraction de la garantie en question a été peu développée en droit italien. La jurisprudence sur laquelle s'appuie la reconnaissance de la garantie bancaire automatique soutient :

1. que le garant ne peut opposer au bénéficiaire les litiges survenus entre celui-ci et le donneur d'ordre (245) même lorsqu'ils sont portés devant les tribunaux (246) ;
2. que le garant ne peut opposer la résolution du contrat garanti (247).

De façon générale, les auteurs italiens rappellent que l'abstraction de la garantie bancaire doit être identique à celle du crédit documentaire (248). En effet, les deux institutions couvrent les mêmes risques propres au commerce international.

En cela, la doctrine et la jurisprudence italiennes rejoignent les conclusions des droits anglo-saxons et germaniques. Leur originalité réside dans la mise en évidence du lien entre la théorie de la cause et l'abstraction.

§2. La cause-fonction, la validité et l'abstraction de la garantie bancaire automatique.

A. La cause-fonction dans la doctrine italienne classique.

90. La doctrine classique italienne, héritière des pandectistes (249), est à l'origine des dispositions législatives relatives de 1942 relatives à la cause. Elle retient comme cause du contrat ce qui en est la cause formelle (250), à savoir sa *"fonction économico-sociale" (funzione economico-sociale) telle qu'elle est fixée par la synthèse de ses effets essentiels."*(251).

Conjointement à cette première définition de la cause du contrat, Giorgianni (252) en propose une seconde appliquée cette fois à la prestation ou attribution (attribuzione) et non plus au contrat. La cause de la prestation est la cause matérielle, à savoir la raison objective d'un transfert de richesse d'un patrimoine à un autre (253). Nous reviendrons sur cette acception de la notion de cause.

91. L'article 1322, al. 2 du C. civ. italien traduit le rôle de la cause-fonction : *"Les parties peuvent conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types (tipi) régis par une réglementation (disciplina) particulière, pourvu qu'ils soient dirigés vers la réalisation d'intérêts dignes de protection selon l'ordre juridique."* En d'autres termes, la reconnaissance de la légitimité de la fonction économique et sociale du contrat innommé - de sa cause - permet au droit italien d'en consacrer la validité sur base du principe de l'autonomie contractuelle.

B. La cause-fonction et la validité
de la garantie bancaire automatique.

192. Il convient de rappeler ici le raisonnement tenu par la jurisprudence et la doctrine italienne pour accepter la validité du cautionnement d'une dette nulle de nullité relative (254), de l'assurance-caution à première demande (255) et de la garantie pure (256). Le raisonnement qui reconnaît la validité de la garantie bancaire automatique n'en diffère pas. Mazzoni (257) le systématise comme suit :

1. *"L'analyse qui précède mène à conclure qu'en droit italien, la garantie bancaire à première demande doit être considérée comme un contrat unilatéral innommé, sa cause-fonction étant normalement d'assurer la satisfaction immédiate de l'intérêt du bénéficiaire à recevoir un paiement qui se substitue à une caution réelle...* (258)"

2. *"S'agissant d'un contrat innommé, le droit italien en subordonne la validité à la condition préalable que sa cause-fonction vise à réaliser "des intérêts dignes de protection selon l'ordre juridique" (article 1322, al. 2, C. civ. italien). Vue sous cet angle, la licéité-validité du contrat paraît ne faire aucun doute ... Ces garanties sont un instrument essentiel du développement du commerce international et remplissent dès lors une fonction dont l'utilité sociale est évidente".*

C. La cause-fonction et l'abstraction
de la garantie automatique.

193. Dans son examen de la validité de la "garanzia pura", le tribunal de Milan (259) note : *"L'inopposabilité des exceptions relatives au rapport principal... est un élément (momento) essentiel de la cause atypique (innommée) du contrat de garantie pure. Cette cause se caractérise par le fait qu'elle tranche (troncare) la relation entre le rapport principal et celui de garantie, et qu'elle se présente comme la réalisation d'exigences socialement appréciables".*

L'abstraction (astrazione ou astratteza) de la garantie bancaire automatique ne s'explique donc pas par la théorie traditionnelle de l'acte abstrait(260), laquelle tient que l'abstraction est le "détachement de la cause".

Pour la doctrine italienne récente comme pour Kübler, la garantie bancaire automatique est une opération "abstraite au sens technique", c'est à dire une opération dont l'abstraction consiste en son autonomie (détachement) par rapport au contrat de base, autonomie qui ne s'explique que par référence à la cause-fonction de l'opération. L'analyse de la cause matérielle de la garantie bancaire automatique renforce cette conclusion.

§3. La cause matérielle de la garantie bancaire automatique.

94. Rappelons que, depuis Giogianni, la notion de cause du contrat est double : elle désigne à la fois la cause formelle du contrat -en ce sens, on parle de cause-fonction; c'est le "typische Zweck" de la doctrine allemande - et à la fois la cause matérielle du contrat, ce que la doctrine italienne appelle la juste cause de l'attribution(giusta causa dell'attribuzione) et le droit allemand le "rechtliche Grund" de la Zuwendung. L'article 1325 du C. civ. italien (261) qui énonce, parmi les conditions de formation du contrat l'exigence d'une cause se réfère à la seconde conception de la cause.

A la suite de Giogianni, Portale (262) constate que, dans certains types contractuels (263), l'attribution patrimoniale *"est l'effet d'un contrat ou d'un acte juridique qui ne contient pas en lui-même sa cause au sens de "juste cause de l'attribution". Cette "juste cause de l'attribution" demeure en dehors du contrat et réside dans un contrat ou un acte différents, sans que pour autant le contrat puisse être affirmé abstrait (264). Ainsi, dans la garantie "automatique" ou "pure", le contrat de garantie fait référence, au moment de sa création, à un "Grundsgeschäft" qui le justifie sans pour autant que la découverte ultérieure de vices affectant les obligations de ce Grundsgeschäft puisse affecter la validité et l'efficacité de la garantie"(265).* Ce Grundsgeschäft est donc, selon Portale, la cause matérielle de la garantie automatique. L'attribution patrimoniale qui résulte de la garantie automatique a une cause matérielle qui est l'existence d'une opération économique à garantir globalement.Cette cause matérielle de la garantie automatique ne se confond pas avec ce qu'on pourrait appeler(266)lacause matérielle du cautionnement, laquelle serait l'obligation, valide et pouvant être exécutée, issue du contrat garanti.

195. Notons la relation qui existe entre ces deux conceptions de la cause : la cause matérielle de l'attribution du bénéficiaire de la garantie automatique est extérieure au contrat de garantie dans la mesure où la fonction de ce contrat impose l'existence d'une opération à garantir, externe à la garantie. La fonction spécifique de la garantie automatique est de garantir le résultat attendu d'une opération économique qui constitue un tout. Cette fonction implique au moins que l'opération économique à laquelle on se réfère ne soit pas purement fictive ni illicite (267). Ce raisonnement est également applicable au cautionnement. La fonction spécifique de cet autre forme de sûreté personnelle implique l'existence de l'obligation à garantir (cause matérielle du cautionnement(268)).

Dans les deux cas, la cause matérielle de l'attribution est externe. Le fait que, dans un cas, elle soit l'obligation garantie, tandis que dans l'autre elle se détache de l'obligation pour devenir l'opération elle même, se justifie par la diversité des causes formelles propres à ces deux types de sûreté personnelle.

Article 3: Les limites de l'abstraction de la garanzia automatica bancaria.

§1. La jurisprudence italienne.

96. La jurisprudence italienne sur les garanties bancaires s'est développée récemment à la faveur des affaires iraniennes (269). Elle reconnaît au donneur d'ordre le droit de réclamer une procédure d'urgence : *"Dans la procédure d'urgence, l'irréparabilité du dommage présupposé pour l'octroi de la procédure peut consister dans la difficulté prévisible et évidente d'une action à l'étranger destinée à réclamer une somme qui serait payée immédiatement."*(270).Elle lui octroie souvent l'interdiction de paiement réclamée au motif soit de la nullité de toute convention dérogatoire à l'accessoriété (271), soit du défaut d'intérêt de la banque contregarante (272).

97. Seules deux décisions se montrent plus sévères dans l'octroi du référé. Elles ne concernent pas des affaires iraniennes. La première jugée par le préteur (pretore) de Milan (273) concernait l'appel d'une garantie de bonne fin "a la prima richiesta" émise en faveur d'un acheteur syrien. Le donneur d'ordre italien affirmait l'inexistence ou du moins l'importance minime du défaut d'exécution contractuelle. Le préteur milanais refuse la requête.*"S'agissant en l'espèce d'un contrat autonome, irrévocable et innommé de garantie, un tel contrat, à la différence du cautionnement, est totalement privé d'accessoriété et apparaît donc détaché (suincolato) du rapport entre donneur d'ordre et bénéficiaire, de telle sorte que le donneur d'ordre ne peut opposer au banquier - ni prétendre que ce dernier oppose au bénéficiaire - les exceptions nées de ce rapport de base".* Conformément à la doctrine "qualifiée", il ne peut être opposé que

l'"exceptio doli" pour autant qu'elle soit *"évidente, c'est à dire susceptible d'une preuve rapide (pronta) et liquide (liquida)"*. (274)

La seconde(275) à trait à une garantie de paiement émise sous la forme d'une lettre de crédit en faveur d'un vendeur pakistanais.Le préteur reçoit la demande formulée par le donneur d'ordre italien. Il note que la marchandise achetée n'a jamais été remise au transporteur et qu'en outre ("circostanza di notevole rilievo"), le bénéficiaire a entretemps cessé toute activité, ses dirigeants ayant été traduits devant les juridictions militaires pakistanaises. Ces deux dernières décisions plus restrictives dans l'octroi de procédures d'urgence permettant l'interdiction de paiement au garant ou contregarant rejoignent les développements doctrinaux et jurisprudentiels étrangers.et trouvent l'appui de la doctrine italienne (276).

§2. Les limites à l'abstraction développées par la doctrine: l'exceptio doli.

98. Le contrat de garantie automatique est, comme tout contrat, soumis au principe de la bonne foi (277). L'exceptio doli peut donc être invoquée contre le bénéficiaire qui abuserait de son droit. La doctrine italienne distingue plusieurs hypothèses :

la première concerne le refus de paiement par le banquier en cas de dol résultant d'une connivence entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire : ainsi lorsque l'appel à la garantie a pour seul but de permettre une exportation de devises (278) et ne concerne en aucune manière le déroulement de l'opération garantie.

La deuxième hypothèse a toujours trait au refus de paiement par le banquier. Le banquier doit refuser le paiement lorsqu'il a *"positivement connaissance du caractère absolument non fondé de la prétention du bénéficiaire"*(279).Un paiement de sa part l'exposerait à une action en recours du donneur d'ordre ou à un refus de débit du compte.

La troisième hypothèse, la plus importante, est la possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement par la procédure d'urgence (prouvedimento di urgenza) lorsqu'il possède une preuve "liquide" (con prova liquida) du dol du bénéficiaire. Même si on retrouve dans cette formule les enseignements des droits germaniques (280), la justification italienne de cette limite est originale.

§3. La justification de la possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement.

199. L'explication de Portale (281), reprise par Maccarone (282) et qualifiée par Mazzoni (283) de "suggestive et hardie", part de la réponse à une objection contre la validité de sûretés personnelles non accessoires.

L'article 1462, alinéa 1 du C. civ. italien stipule que *"la clause par laquelle on convient qu'une des parties ne peut opposer d'exceptions ayant pour but d'éviter ou de retarder la prestation due, est sans effet en ce qui concerne les exceptions de nullité, d'annulabilité et de résolution du contrat"*. Cet alinéa est invoqué par certains auteurs (284) pour nier la validité des sûretés personnelles non accessoires, lesquelles interdisent au donneur d'ordre, partie à l'opération principale, d'opposer à son partenaire, bénéficiaire de la sûreté, les exceptions de nullité, d'annulabilité et de résolution de l'opération principale. L'argument avait été soutenu, dans une affaire étudiée précédemment(285),

devant le tribunal de Milan qui l'avait rejeté dans les termes suivants : *"L'équivoque d'un tel argument naît de la confusion entre exception relative au rapport principal et exception afférente au contrat de garantie : il faut dès lors dénoncer la confusion qui conduit à transférer de l'un* (le rapport principal)+ *à l'autre contrat* (le contrat de garantie)+ *la nullité de l'article 1462, alinéa 1, de la diversité de cause de ces contrats".*

0. Portale accepte cette argumentation, mais il la nuance. Il reconnaît que la conclusion du contrat de garantie équivaut, dans le chef du donneur d'ordre, à un véritable pacte "solve et repete" (286) vis-à-vis de son co-contractant, bénéficiaire de la garantie. *"Il faut cependant noter que ces dérogations à l'opposabilité des exceptions relatives au rapport de base ont été admises dans de nombreuses autres situations dans lesquelles un tiers est mêlé au rapport de base (articles 1272, 1273 : espromissione et accollo; article 1413 C. civ.: porte-fort) ... L'instauration de ces rapports obligatoires plus ou moins"abstraits" réalise des exigences retenues comme socialement appréciables et, comme telles, protégées par l'ordre juridique : par exemple, l'extinction de plusieurs rapports à travers une seule attribution patrimoniale, la sécurité du trafic ou, en général, la fonctionnalité du système économique".* (287)

L'article 1462, alinéa 2, concerne précisément les cas où la clause de renonciation est permise : dans ces hypothèses, dit le second alinéa, *"le juge, s'il reconnaît la présence de motifs graves, peut toutefois suspendre la condamnation en imposant, le cas échéant, la délivrance d'une cauzione".* Pour Portale, cet alinéa est applicable au contrat de garantie automatique et justifie la possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement. En effet, à l'objection selon laquelle seules les parties au contrat de garantie automatique - et non le

+Nous ajoutons.

donneur d'ordre - peuvent invoquer l'article 1462, alinéa 2, il répond que l'exécution du contrat de garantie concerne non seulement les contractants directs - le bénéficiaire et le garant - mais également le donneur d'ordre : *"Quand la réalisation d'un rapport obligatoire* (celui de garantie)[+] *atteint, outre la sphère juridique des parties au rapport, celle de tiers liés à leur tour à l'une des parties au rapport (288), le devoir de protection qui, sur base du principe de l'exécution de bonne foi (article 1375, C. civ.), complète le contenu du contrat, n'implique pas seulement - comme c'est normalement le cas - jusqu'à englober dans la protection la sphère juridique de ces tiers".*

Il doit donc être permis au tiers, donneur d'ordre, de faire valoir des motifs graves. Par conséquent, le juge interdira le paiement par application du principe de bonne foi, lequel régit souverainement la garantie automatique comme n'importe quel autre contrat. Il ne peut le faire qu'en présence de motifs graves; ainsi, il tiendra compte des intérêts légitimes du banquier qui craint qu'un défaut de paiement ne compromette sa réputation internationale, et surtout, de la clause de renonciation qu'en convenant de l'émission d'une garantie automatique, le donneur d'ordre soucrit vis-à-vis de son exportateur.

[+]Nous ajoutons.

Conclusions

201. L'analyse italienne de la garantie bancaire automatique présente les caractéristiques suivantes :

1. Elle est neuve, purement doctrinale et influencée par les développements germaniques.

2. Elle conçoit la garantie bancaire automatique comme un type original de sûreté personnelle progressivement dégagé par l'ordre juridique en réponse aux nécessités du commerce international.

Ces nécessités imposent l'expansion de la prise en charge par la sûreté personnelle des risques toujours croissants de l'opération d'autrui.

3. Pareil type ne diffère donc pas essentiellement du type "cautionnement" ; la seule différence est que sa fonction de garantie est plus "accentuée".

4. Le contrat de garantie est causal dans la mesure où :

1. Il correspond à une "fonction générique" de garantie (Portale) ou mieux à une "fonction spécifique" digne d'intérêt et susceptible de protection par l'ordre juridique (Mazzoni) (exigence de la cause formelle);

2. Il renvoie à une "cause externe" c'est à dire impose la présence d'une opération (et non d'une obligation) à garantir (présence de la cause matérielle).

5. Le banquier doit refuser le paiement par l'exceptio doli lorsqu'il connaît la fraude du bénéficiaire.

6. La clause de "garantie bancaire automatique" implique, dans l'opération commerciale de base, la renonciation du donneur d'ordre à opposer au bénéficiaire aucune exception tirée de leurs rapports - au moins provisoirement - (clause

"solve et repete").

7. Puisque cette clause de renonciation est valable, le donneur d'ordre peut demander au juge l'interdiction du paiement de la garantie lorsqu'il possède une preuve évidente de la fraude du bénéficiaire.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE I

02. L'analyse de la validité, de la nature juridique et de l'abstraction de la garantie automatique en droit comparé conduit à souligner les ressemblances et les divergences des différentes approches du phénomène.

. On note d'abord que l'appartenance de la garantie automatique à la catégorie des sûretés personnelles par opposition à celle des moyens de paiement a été consacrée dans tous les droits. Certes, on concède que les droits anglo-saxons se sont prononcés, à ce propos, plus tardivement et non sans objections. L'unanimité des droits existe toujours pour reconnaître la garantie automatique comme forme "sui generis" de sûreté personnelle, imposée par les exigences du commerce international. Toutefois, la prise de conscience de cette radicale originalité de la garantie concernée s'est faite plus difficilement en droit allemand où la garantie automatique s'est d'abord confondue avec l'ensemble des sûretés personnelles non accessoires.

03. Dans tous les droits étudiés, on insiste sur la fonction particulière (le "Sinn und Zweck" du droit germanique, la "funzione"du droit italien)pour justifier l'abstraction de la garantie automatique et les limites de celle-ci.
Tous les droits s'accordent pour noter la similitude ou au moins le parallélisme entre la fonction de la garantie automatique et celle du crédit documentaire. Mais si, d'une part, les droits anglo-saxons voient dans l'adhésion à cette fonction de la garantie automatique la cause de la garantie automatique et si,

d'autre part, la doctrine italienne majoritaire et une doctrine allemande minoritaire y voient la cause de la garantie, la doctrine allemande majoritaire estime que la garantie automatique est un contrat abstrait. Ainsi, pour certains, le degré d'abstraction de la garantie automatique ne s'oppose pas à sa nature causale voire se justifie par sa nature causale ; pour d'autres, son degré d'abstraction.révèle sa nature abstraite.

204. Ensuite, et la remarque vaut pour tous les droits, si la doctrine restreint volontiers les limites de l'abstraction de la garantie automatique, la jurisprudence accueille parfois plus largement les exceptions que le donneur d'ordre oppose à la demande du bénéficiaire. En particulier, elle réserve parfois le droit d'examiner l'évolution des relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. L'analyse de droit comparé des limites de l'abstraction de la garantie automatique suscite en outre de nombreuses interrogations : la fraude évidente doit-elle être connue par le banquier ? Les critères de la fraude en matière de garantie automatique doivent-ils être interprêtés largement ou restrictivement ? L'existence d'une contregarantie n'exclut-t-elle pas la possibilité pour le donneur d'ordre d'invoquer la fraude du bénéficiaire ? Enfin, ne faut-il pas distinguer la demande préventive du donneur d'ordre avant même tout appel à la garantie et celle qui suit l'appel à la garantie ?

CHAPITRE II :

L'ABSTRACTION, LA VALIDITÉ ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT BELGE ET EN DROIT FRANÇAIS.

INTRODUCTION

205. La pratique bancaire, en France comme en Belgique, connaît l'existence des cautionnements ou garanties "à première demande" émis dans le commerce national et international (289). Jusqu'à ces derniers temps, ni la doctrine ni la jurisprudence n'avaient retenu la nature juridique originale de tels engagements . Aucun traité classique de droit bancaire ou commercial, à l'exception du traité belge de MM. Van Rijn et Heenen (290), n'aborde la question et la seule thèse en droit français relative au "cautionnement bancaire" est muette à ce sujet (291). Aussi, pouvions-nous écrire, en 1979, que la question de la reconnaissance de la validité du contrat de garantie comme sûreté personnelle distincte du cautionnement se présente en droit français et en droit belge comme celle d'un vide juridique à combler (292).

Si les choses ont évolué depuis lors (293), il convient cependant d'examiner, à la lumière de deux décisions, les objections invoquées par la première jurisprudence française et belge soit pour ne pas envisager, soit pour refuser l'originalité de telles garanties. Cet examen permettra de distinguer les réponses belges d'une part, et françaises d'autre part à ces objections.

A. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1973 (294)

206. Les faits à la base de l'arrêt de la cour d'appel de Paris sont les suivants: une banque française contregarantit une garantie émise par un correspondant égyptien en faveur d'une administration égyptienne. La banque française déclare garantir une société française adjudicataire *"à titre de cautionnement définitif pour la fourniture de 200.000 traverses de pin des Landes"* s'engageant contre restitution de cette lettre de garantie à payer cette somme *"à première réquisition* (du bénéficiaire)+". L'expédition militaire franco-anglaise de 1956 interrompt les relations commerciales. Nonobstant ce fait, la banque égyptienne, nationalisée entre-temps, exécute la garantie réclamée par l'administration. Appelée en contregarantie, la "caution" française refuse le paiement.

Le jugement donne raison à la banque française : *"cette clause* (de paiement à première demande)+*ne fait pas échec aux dispositions de l'article 2036 du code civil selon lesquelles la caution peut opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette, en particulier l'exception de force majeure"*.Ainsi, les juges français rejettent toute originalité du "cautionnement à première demande". Toute sûreté personnelle a un caractère accessoire.

A l'appui de ce rejet, les juges se réfèrent à la condamnation de principe des actes abstraits en droit français. La banque du Caire soutenait en effet que l'engagement du contre-garant de payer à première demande du bénéficiaire constituait un engagement "abstrait" en raison duquel ce contre-garant demeure engagé, sans qu'il soit permis de faire dépendre sa validité, son existence ou la survie de sa validité, de son existence, de la survie des engagements commerciaux ayant pu ou pouvant encore exister entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

+Nous ajoutons.

La cour répond à cette argumentation. Il ne s'agit pas d'un engagement "abstrait", *"puisqu'il porte sur le cautionnement d'un marché de traverses de pin des Landes"*. La cour ajoute : *"S'il en était autrement, cet engagement serait sans cause et sans effet en vertu de l'article 1131 du code civil"*.

Le raisonnement adopté confond - et cette confusion rappelle celle de la doctrine allemande - la non-accessoriété et la nature abstraite de la sûreté personnelle en question (295). Cette confusion - qui n'enlevait rien à la validité de la sûreté personnelle non accessoire en droit allemand - aboutit à sa nullité dans un ordre juridique fondé sur la nécessité d'une cause dans tous les actes juridiques. On retrouve cet argument dans la décision belge examinée ci-dessous.

B. La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 7 août 1979 (296)

207. Ce n'est pas le lieu de discuter le bien-fondé d'une décision dont appel a été interjeté (297) ; on se contentera d'en reprendre les attendus significatifs. En l'occurrence, il s'agissait d'une contre-garantie de restitution d'acomptes. La banque belge contre-garante "à première demande" s'était exécutée. Le donneur d'ordre refusa le remboursement du montant. Selon lui, l'obligation principale avait été exécutée et la garantie devenait donc sans objet. La banque Belge lui opposa la nature abstraite de son engagement : les contestations relatives à l'obligation principale ne peuvent retarder le paiement d'une telle garantie.

Le tribunal repousse l'argument bancaire : *"Attendu , enfin, que la Cour de cassation, "dans un arrêt rendu le 13 novembre 1969* (298)*"a estimé que seule la loi peut conférer par dérogation au droit commun un caractère abstrait à un acte;"*

"Attendu que la validité d'une opération juridique est subordonnée à l'existence d'une cause; que cette règle est applicable à tous les actes juridiques tant unilatéraux que bilatéraux et ne reçoit d'exception que dans les cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause ..., qu'aucune disposition légale ne permet en Belgique de créer une garantie "abstraite";

"Que chaque fois que le législateur a admis la validité d'un titre non causé (chèque, lettre de change), il a pris toute une série de précaution d'un formalisme très strict, quant aux délais de présentation, à la validité du paiement, etc.;"

Ainsi, du fait que l'engagement du garant ne dépend pas du sort ou de l'existence de l'obligation née de l'opération garantie, la garantie"automatique" serait abstraite. Cette affirmation sous-entend donc que la cause de la garantie en question est nécessairement l'obligation à naître de l'opéraion garantie(299).

C. <u>Les objections contre la validité de la garantie bancaire automatique et la différence des réponses belge et française</u>.

208. Les objections auxquelles se heurtent les deux droits lorsqu'ils tentent de démontrer la validité de la garantie bancaire automatique sont identiques. Elles se résument comme suit :

1. *"Toute sûreté (personnelle) présente un caractère accessoire puisque, par hypothèse, elle constitue la garantie d'une obligation principale; à défaut, elle perdrait toute signification."* (300) En d'autres termes, le caractère accessoire est commun à toutes les formes de sûretés personnelles et les parties ne peuvent y renoncer.

2. La nature abstraite d'une telle sûreté personnelle s'oppose à sa validité, puisque tout acte juridique doit avoir une cause.

209. Les réponses belge et française à ces objections sont très différentes. Le droit belge cherche dans les développements de la théorie de l'acte abstrait le fondement de la validité et l'explication de l'autonomie de la garantie. Son raisonnement s'appuie sur l'autonomie du droit commercial qui permet de consacrer l'existence d'actes unilatéraux abstraits. La garantie automatique ou "à première demande" est un acte unilatéral abstrait.

Le droit français est causaliste. La garantie automatique ou "à première demande" est un contrat causé . La théorie de la cause permet en droit français de justifier tant la validité que l'abstraction et les limites de l'abstraction de la garantie automatique.

Avant d'étudier spécifiquement la nature juridique de la garantie bancaire automatique, il importe de présenter, à travers la doctrine et surtout la jurisprudence, l'abstraction et les limites de l'abstraction de cette garantie. On remarquera,sous réserve de nuance,que le degré d'abstraction reconnu à la garantie est identique dans les droits belge et français, malgré les différences importantes déjà notées quant au fondement théorique.

SECTION 1 : L'ABSTRACTION ET LES LIMITES DE L'ABSTRACTION DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE.

Article 1.: Le principe de l'abstraction de la garantie automatique.

210. L'autonomie de la garantie automatique par rapport aux relations qui en sont l'origine -son abstraction- est constamment affirmée par la doctrine et la jurisprudence qu'elles soient belges ou françaises.

En Belgique, Van Lier (301) écrit : *"... la garantie dite à première demande ou encore inconditionnelle se caractérise par une autonomie du lien de droit unissant le garant au bénéficiaire. Cette indépendance des relations explique que le garant puisse être tenu en des termes différents de ceux qui lient le premier obligé* (le donneur d'ordre)[+] *à son contractant. Ce détachement est partout sensible en ce qui concerne la durée ou encore le montant susceptible d'être exigé par le bénéficiaire. Une autre caractéristique fondamentale de la garantie due précisément à l'abstraction des obligations qu'elle engendre, est l'inopposabilité des exceptions. Le garant est obligé de s'exécuter à première demande du bénéficiaire, sans que celui-ci ait à prouver l'étendue ou même l'existence d'une inexécution contractuelle de la part de son contractant et sans que le garant ne puisse soulever des exceptions tirées de ses relations avec le premier obligé ou des rapports entre ce dernier et le bénéficiaire..."*

Parmi d'autres auteurs français (302), Gavalda et Stoufflet (303) soulignent: *"Ce terme (engagement abstrait) traduit la double autonomie de l'engagement du garant tel qu'il est défini par les formules contractuelles en usage. D'une part, cet engagement ne dépend pas, quant à son existence, sa validité, son exécution*

[+]Nous ajoutons.

du rapport de droit liant le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le garant ne peut opposer au bénéficiaire les exceptions tirées du contrat de base. D'autre part, l'obligation du garant est indépendante des rapports existants entre lui-même et le donneur d'ordre - ou l'intermédiaire qui a transmis la demande d'émission de la garantie. Le défaut de constitution des sûretés que le donneur d'ordre s'était obligé à fournir au garant, le non-paiement des commissions, l'insolvabilité du donneur d'ordre et à plus forte raison des instructions de révocation émanant du donneur d'ordre, ne justifient pas le retrait de la garantie ou le refus de l'exécuter."

211. La jurisprudence, à la suite de la doctrine, caractérise de même la garantie automatique par son indépendance . On citera l'attendu de la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 1 juin 1979 (304) : *"Considérant que les paiements à effectuer "sur première demande" sont expressément détachés du contentieux qui peut prendre naissance à l'occasion des marchés garantis; que la banque ne pouvait donc repousser le paiement s'il lui était demandé dans le délai prévu, en invoquant les difficultés alléguées par la partie qui a demandé sa garantie."* (305). En Belgique, on relèvera l'attendu de la décision récente du tribunal de commerce de Bruxelles rendue le 11 mars 1981 (306) : *"La garantie à première demande ne présente pas un caractère accessoire et est indépendante du rapport juridique fondamental entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie... Le garant ne doit ni ne peut examiner si les obligations des parties ont bien été exécutées, si elles sont encore existantes et si elles ont été contractées valablement."*(307).

Article 2 : Les différentes applications du principe.

12. L'examen des différentes applications du principe de l'abstraction de la garantie automatique est parfois rendu difficile par le fait que certaines décisions (308), tout en restant sur le terrain du cautionnement, ont été interprêtées comme des reconnaissances de la garantie indépendante.

L'abstraction de la garantie automatique est double :

1. La garantie automatique est indépendante des relations entre le donneur d'ordre et le garant;

2. La garantie automatique est indépendante des relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

§1. L'indépendance de la garantie par rapport à la relation entre le donneur d'ordre et le garant.

13. L'affirmation est doctrinale, aucun cas jurisprudentiel d'application n'étant relevé pour le moment. Le garant prend en charge les risques de non-recouvrement des sommes déboursées auprès de son donneur d'ordre, peu importe la cause de ce non-remboursement. Ainsi, le garant ne peut faire valoir ni les rétractations du donneur d'ordre, ni son insolvabilité survenue après l'émission de la garantie (309), ni la rupture de ces relations avec le donneur d'ordre, ni même le fait du prince étranger interdisant tout remboursement de la part du donneur d'ordre (interdiction de sorties de devises). La doctrine française (310) et la doctrine belge (311) reprennent à ce propos les solutions déjà retenues pour le crédit documentaire (312).

§2. L'indépendance de la garantie par rapport à la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

214. L'abstraction de la garantie automatique par rapport à la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire couvre différentes hypothèses. Il s'agira tantôt de l'abstraction par rapport à la validité juridique de l'opération de base, tantôt de l'abstraction par rapport à sa modification, tantôt enfin, de l'abstraction par rapport aux litiges nés au cours de l'exécution du contrat. On analysera chacune de de ces hypothèses.

215. La doctrine française et belge (313) tient pour acquis que le garant ne peut opposer au bénéficiaire les vices qui affecteraient la validité de l'opération garantie. On songe principalement aux défauts de capacité des signataires et aux vices de consentement.

Le garant ne pourra de même invoquer la modification de l'objet de l'opération de base, survenue après la naissance de l'engagement de garantie (314), sauf lorsque la garantie fait référence explicite à l'objet de l'opération de base (315).

216. Quant aux litiges nés de l'exécution de l'opération, ils ne peuvent être soulevés ni par le garant ni par le donneur d'ordre pour refuser le paiement au bénéficiaire. De nombreuses décisions jurisprudentielles confirment ce principe doctrinal (316) : *"Le contrat de cautionnement* (entendre : de garantie automatique)[+], *note la cour d'appel de Riom* (317), *doit être apprécié en lui-même et en dehors des vicissitudes pouvant grever le marché commercial ; les torts (du bénéficiaire) à l'occasion de ce dernier contrat ou même sa mauvaise foi ne peuvent interférer dans un autre contrat..."*

[+] Nous ajoutons

Ces vicissitudes qui affectent l'opération de base peuvent être de divers ordres.

117. Parfois, le donneur d'ordre conteste le montant dû au bénéficiaire.C'est le cas dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Paris, le 29 janvier 1981(318). En l'espèce, il s'agissait d'une garantie de bonne exécution donnée au profit du maître d'oeuvre par un sous-traitant . Ce dernier affirmait que le montant de la garantie appelée était disproportionné par rapport au préjudice subi par l'ensemblier. La banque refusa dès lors le paiement. La cour d'appel de Paris rejetta ce motif et obligea la banque au paiement : *"la banque* (en refusant le paiement)+ *méconnaît le caractère autonome de la garantie par elle émise et manque à ses obligations..."*

118. Le plus souvent, c'est le principe même de la créance qui est contesté. Ainsi, le tribunal de commerce de Bruxelles, le 11 mars 1981 (319), est saisi par le donneur d'ordre d'une garantie de bonne exécution délivrée par un membre du consortium au profit de l'ensemblier. La garantie principale de l'ensemblier appelée et payée, la banque garante se retourne contre les banques contre-garantes des différents membres du consortium. Une de ces banques refuse le paiement en contestant le principe de la créance due par son client. Elle est condamnée par le tribunal de commerce de Bruxelles au motif que *"les banques doivent honorer la garantie sans se pencher sur les différends qui se produiraient dans les relations de base entre les bénéficiaires de la garantie et le donneur d'ordre."* La même décision précise que le fait que le donneur d'ordre ait, préalablement à l'appel à la garantie, saisi le tribunal ou la juridiction compétente de son litige avec le bénéficiaire, ne peut être invoqué pour refuser ni même retarder le paiement bancaire :*"Lorsqu'une garantie est indépendante du rapport juridique fondamental, il n'y a pas de connexité entre une action engagée entre garant et*

bénéficiaire sur base de la garantie et une action engagée sur base du rapport juridique fondamental."(320). En outre, la contestation postérieure à l'appel à la garantie de la non-existence de la créance du bénéficiaire contre le donneur d'ordre ne permet pas à celui-ci de contester ni la validité du paiement effectué par le garant ni son droit au remboursement (321).

Article 3 : Les limites de l'abstraction de la garantie automatique.

19. Un attendu de la décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 11 mars 1981 déjà cité introduitl'étude des limites de l'abstraction de la garantie automatique en droits belge et français :*"Attendu que par ce fait tout lien avec la convention de base (onderliggende overeenkomst) n'est pas rompu; que le bénéficiaire ne peut évidemment invoquer la garantie (waarborg) que dans les limites fixées par l'acte par lequel la garantie est délivrée; que ceci implique que le bénéficiaire ne peut invoquer que des droits en rapport (verband houden) avec l'obligation garantie et que le garant doit dès lors effectuer un examen sommaire à ce sujet; que l'institution financière a en outre le droit (recht) et le devoir (plicht) de refuser des demandes manifestement arbitraires (willekeurige) ou dolosives (bedriegelijke) et que, de plus, elle ne peut honorer une demande contraire à l'ordre public (openbare orde) (interne et inernational);"* (322)

20. La décision de Bruxelles envisage donc différentes limites à l'abstraction de la garantie bancaire automatique :

1. à l'instar du crédit documentaire, le garant ne peut payer que si les conditions imposées par le texte de l'acte de garantie sont effectivement remplies ;
2. la garantie bancaire ne peut être invoquée qu'à propos de l'exécution de l'

opération de garantie;

3. la demande manifestement frauduleuse du bénéficiaire ne peut être honorée par la banque;

4. enfin, la demande contraire à l'ordre public interne ou international n'ouvre chez le bénéficiaire aucun droit au paiement de la garantie.

Ces quatres limites sont admises par la majorité de la doctrine et confirmée par la jurisprudence; elles sont cependant interprêtées plus ou moins largement et on peut distinguer divers courants. En outre, certains auteurs complètent la liste de ces limites.

§1. La limite déduite du formalisme documentaire

221. Lors de l'examen de la lettre de crédit Standby, nous avons relevé que le principe de la stricte conformité documentaire, énoncé par la réglementation et la jurisprudence propres au crédit documentaire, était étendu aux garanties non seulement documentaires mais aussi automatiques (323). Les droits belge et français admettent la même extension : *"le banquier garant , note le tribunal de commerce de Bruxelles le 21 novembre 1979* (324), *ne peut payer l'acheteur que si les conditions prévues par l'acte même de garantie sont réunies . Il en découle que si le banquier garant exécute l'obligation de garantie sans s'assurer que les conditions sont réunies pour que la garantie puisse être appelée, il commet la même faute que le banquier émetteur en matière de crédit documentaire qui paierait le bénéficiaire sans exiger les documents stipulés ou sans s'assurer de leur conformité interne."*

222.. On peut retenir les applications jurisprudentielles suivantes. Une décision récente du tribunal de commerce d'Anvers (325) concernait une garantie bancaire

émise à l'appui d'un cautionnement. La garantie était payable moyennant la remise d'une acceptation bancaire, une déclaration en double exemplaire suivant laquelle le montant de la traite représentait la somme due par la caution et enfin, une déclaration en double exemplaire suivant laquelle l'hypothèse de premier rang sur les biens du débiteur avait été réclamée et réalisée. Les attestations furent réunies en un exemplaire et la dernière déclaration signalait simplement la nomination d'un "receiver and manager" chargé de liquider la société débitrice. La banque paya néanmoins. Le donneur d'ordre contesta la conformité des documents reçus. Le juge lui donna tort estimant qu'en l'occurrence, les conditions imposées par le texte de la garantie étaient remplies.

23. Trois décisions françaises consacrent de même l'analogie de la garantie automatique et du crédit documentaire en ce qui concerne le devoir de soin dans l'examen des documents remis. La première en date du 1 juin 1978 (326) a trait au recours du donneur d'ordre contre le garnamt.Ce dernier avait payé la garantie "inconditionnelle" émise nonobstant les protestations du donneur d'ordre fondées sur la bonne exécution de ses obligations et sur la caducité de l'engagement de garantie, limité dans le temps. La cour d'appel de Rennes repoussa l'argumentation du demandeur, en se fondant sur les règles et usances relatives aux crédits docuementaires dont elle rappelle l'article 3 : *"Les crédits sont par leur nature des opérations distinctes des ventes ... qui peuvent en former la base, qui ne regardent cependant les banques en aucune façon et ne sauraient les engager* (327).

La cour d'appel d'Aix (328) se réfère au libellé de la garantie automatique de restitution d'acompte avec clause de libération proportionnelle *"au fur et à*

mesure des embarquements (329)" pour justifier une interdiction de paiement obtenue contre le garant qui se disposait à payer l'entièreté de la garantie malgré la preuve d'embarquements successifs.

Enfin, une ordonnance récente du tribunal de commerce de Paris (330) affirme : *"Au cas où l'acte de cautionnement précise que le montant devra être payé à première demande justifiée, l'expression "demande justifiée", qui ne peut que se rapporter à l'inexécution d'une disposition contractuelle par la société française exportatrice, se réfère directement au marché passé par cette société avec le ministère Syrien de l'industrie, et les banques garantes doivent exiger la justification prévue avant de payer le montant de leurs garanties."* La doctrine approuve largement le principe de cette jurisprudence (331).

§2. La limite déduite d'une demande non relative à l'opération garantie.

74. *"Même fournie à première demande, la garantie est donnée à propos d'un contrat de base auquel il est fait le plus habituellement référence de manière expresse. La garantie ne peut être invoquée qu'à propos de ce contrat et non pas d'un autre..."* (332). La limite de l'abstraction de la garantie automatique sur le fondement de laquelle nous reviendrons (333) est tirée de l'interprétation donnée à un arrêt du 14 novembre 1978 (334). Une société française entretient des relations commerciales au Dahomey à la fois avec une société locale et avec le gérant de celle-ci. C'est à propos des seules livraisons à effectuer au second qu'une garantie bancaire de paiement est délivrée pour le compte de la société française. Cette dernière, créancière de la société, argüait de la confusion des patrimoines de cette société et de son gérant pour demander à la banque, exclusivement garante du gérant, l'exécution de sa garantie. La cour

refusa : l'engagement de la banque de ne pas différer le paiement et de ne pas soulever de contestations *"implique nécessairement que la réclamation du créancier soit afférente à la fois au débiteur cautionné et à la commande en cause."* (335)

§3. La limite déduite de la mauvaise foi évidente du bénéficiaire - Conception extensive ou restricitive de la notion de fraude manifeste.

225. *"Il est posé en règle que la banque peut et doit refuser le paiement lorsque la demande du bénéficiaire est manifestement abusive. Mais il faut que le caractère abusif de la demande "crève les yeux""*, affirme Vasseur (336).

Si le principe est unanimement admis (337) et rejoint l'enseignement des droits étrangers (338), sa compréhension varie. On opposera à une conception jurisprudentielle extensive de la fraude manifeste, illustrée notamment par la décision en référé du président du tribunal de commerce de Bruxelles le 15 janvier 1980, la conception restrictive développée en particulier par la cour d'appel de Riom, le 14 mai 1980.

A. La conception extensive.

226. L'affaire jugée par le président du tribunal de commerce de Bruxelles(339) était la suivante : une garantie avait été émise à l'ordre d'un ensemblier belge pour la bonne fin du contrat conclu avec le bénéficiaire , une administration arabe. Suite à une collusion entre un sous-traitant français et le bénéficiaire, ce dernier avait rompu le contrat avec l'ensemblier et appelé la garantie. L'appel, estime le tribunal, est non seulement abusif mais encore manifestement abusif. Le juge des référés déduisit la collusion entre le sous-traitant et le

bénéficiaire, dans le seul but d'écarter le donneur d'ordre de la garantie, principalement du fait que les deux premiers cités avaient un conseil commun et avait notifié le même jour la rupture de leur contrat avec le donneur d'ordre. Le président du tribunal constatait en outre l'imminence d'une solution au fond du litige et la nécessité d'un parallélisme entre ses propres mesures et celles décidées par le tribunal de commerce de Paris qui avait ordonné la consignation d'une partie du montant de la garantie bancaire constituée pour compte du sous-traitant français en faveur de l'ensemblier.

La décision du juge belge traduit incontestablement une interprêtation large de la notion de fraude"manifeste" . Premièrement, le juge déduit en effet le caractère manifeste de la fraude d'éléments de faits tirés du déroulement de l'opération commerciale. La rupture du marché est due à la faute du seul bénéficiaire de la garantie. Secondement, il ne se soucie pas de démontrer l'effective connaissance par la banque garante de cette fraude du bénéficiaire (340).

227. Une affaire iranienne jugée par le tribunal de commerce de Paris le 24 mai 1981 (341) , témoigne de la même interprêtation extensive. Une société française passe en 1975 et 1976 deux marchés de construction de logements avec une entreprise iranienne. Etant donné le manquement dès novembre 1978 du contractant iranien à ses obligations de paiement et d'assistance technique, le marché est, conformément aux clauses du contrat, suspendu puis résilié. L'expertise d'un tribunal iranien révèle que la société iranienne est redevable à la société française d'un montant très important. La garantie et la contre-garantie ayant été appelées, le donneur d'ordre demande que soit signifiée aux banques l'interdiction de tout paiement. Le juge parisien octroie l'interdiction réclamée. Il retient comme constitutif de fraude manifeste le fait que *"l'acquéreur (le maître d'oeuvre), profite de la rédaction des actes qui lui est particulièrement favorable, alors*

que rien ne lui est dû mais qu'au contraire, il est lui-même le débiteur."(342) Il constate en outre la résiliation fautive du marché par le bénéficiaire, la spoliation par l'administration iranienne des biens de la société française au profit d'une société créée en Iran sous le même nom"*qui poursuit abusivement, sous l'apparence de la société française, l'exploitation des chantiers."*

B. La conception restrictive

8. A l'opposé de ces interprêtations dites extensives, on relève, dans une autre affaire iranienne, un raisonnement cette fois restrictif. L'affaire Delbard (343) concerne l'exportation d'arbres fruitiers. Une garantie de restitution d'acomptes avait été émise à l'appui de cette opération par une banque iranienne et contre-garantie par une banque française. L'exécution du marché connut des difficultés. L'importateur prétendait que les premiers arbres livrés étaient infectés de parasites et réclama la suspension du contrat. L'exportateur se rendit sur place immédiatement. Il ne décela la présence d'aucun parasite, mais néanmoins proposa l'application d'un traitement préventif supplémentaire qui fut refusé ainsi que tout contrôle contradictoire préalable aux expéditions. La résiliation du marché aux torts de la société iranienne s'ensuivit. C'est dans la crainte, malgré la résiliation du marché, d'un appel du bénéficiaire à la garantie, que la société française réclama, à titre préventif(344), une interdiction d'appel à la garantie adressée au bénéficiaire et une interdiction de paiement adressée à la banque française.

9. Les interdictions réclamées furent rejetées par une ordonnance de référé du tribunal de Grande Instance de Montluçon. Saisie en appel, la cour d'appel de Riom (345) confirma le rejet de la demande d'interdiction de paiement.

"... même si l'on devait considérer que la mauvaise foi du ministre iranien de l'agriculture est manifeste dans l'exécution du marché commercial ... en vertu de l'indépendance par rapport à ce marché du contrat de cautionnement à première demande conclu par la société, cette mauvaise foi ou une fraude évidente ne pourrait être recherchée ou appréciée que dans le cadre de l'exécution de ce second contrat ..."(346) . On retrouve à travers cet attendu de la cour d'appel de Riom, l'interprêtation de l'exception de fraude déjà donnée par certains tribunaux anglais (347) : la fraude doit être manifeste et au moins susceptible d'être connue du banquier. Elle se distingue nettement d'une fraude dans l'exécution du marché commercial et doit concerner le contrat de garantie. (348)

Ainsi, suivant que l'on suit une interprêtation extensive ou restrictive de la notion de fraude, l'exception aura une portée plus ou moins grande. Cette question est importante. (349)

230. Toujours à propos de la fraude, la suite de l'affaire Delbard devait confirmer le raisonnement restrictif déjà tenu par deux décisions allemandes (350) relatives à l'intervention d'un contre-garant. En effet, après la décision de rejet de la cour d'appel de Riom, le donneur d'ordre chercha à obtenir satisfaction cette fois sur le fond, auprès du tribunal de grande instance de Montluçon. Le tribunal fit remarquer qu'*"il peut être fait défense au bénéficiaire de faire appel à la caution, sans pour autant que cette interdiction puisse lier la banque iranienne, première engagée, mais non partie en procès, ni par voie de conséquence, la banque française, seule engagée vis-à-vis de la banque iranienne, bien qu'elle soit partie au procès ..."* En d'autres termes, l'exception de fraude ne peut être invoquée que si la demande émane du bénéficiaire lui-même et non du garant bancaire lorsqu'il n'existe pas de lien juridique direct entre le donneur d'ordre

et le garant. En outre, la fraude du bénéficiaire n'implique pas la fraude du banquier garant. La note de Vasseur (351) approuve ce raisonnement.

§4. La limite déduite de l'illicéité ou de l'immoralité de l'opération garantie.

31. Tous les auteurs (352) admettent que le garant doit soulever l'exception d'illicéité ou d'immoralité de l'opération garantie. On cite les hypothèses de contrebande d'opérations commerciales ayant pour but de violer des dispositions de nature monétaire ou fiscale, les cas de trafic de drogue, etc...

Il y a donc illicéité ou immoralité de la garantie lorsque l'opération commerciale garantie est illicite ou immorale. Mais, il faut encore préciser aux yeux de quelle loi l'immoralité ou l'illicéité de l'opération garantie doit être appréciée. Cette loi sera la loi applicable à la garantie (353). Ainsi, l'illicéité et l'immoralité de l'opération commerciale au regard de la loi étrangère ne pourront être invoquées que si la loi applicable au contrat de garantie ou l'ordre public international du pays du for condamnent cette cause d'illicéité ou d'immoralité (354). L'enseignement est constant en matière de crédit documentaire (355) et doit être étendu ici.

On notera ensuite, qu'aucune cause d'illicéité ni d'immoralité du rapport entre le donneur d'ordre et la garant ne peut être opposée au bénéficiaire. Ainsi le fait qu'une interdiction de sorties de devises empêche tout remboursement du banquier par son client (356) ne peut en aucune façon justifier le refus de la banque de payer le bénéficiaire. Le garant supporte tous les risques liés à l'exécution de sa relation avec le donneur d'ordre.

§5. Les limites supplémentaires parfois invoquées par la doctrine et la jurisprudence belges et françaises.

232. Dans la doctrine et la jurisprudence sont parfois évoquées des limites supplémentaires à l'abstraction de la garantie automatique.On songe à la possibilité pour le donneur d'ordre d'invoquer la compensation avec des créances certaines qu'il aurait contre le bénéficiaire. au droit de réclamer l'annulation de la garantie en cas de disparition du marché, en particulier lors de survenance d'un cas de force majeure. L'évocation de ces limites supplémentaires s'appuie généralement sur une approche théorique causaliste de la garantie bancaire automatique à laquelle nous reviendrons (357). La majorité des auteurs les repoussent dans la mesure où, selon eux, elles mettent en danger la fonction de la garantie automatique.

A. La compensation.

233. La possibilité pour le donneur d'ordre d'invoquer l'exception de compensation trouve appui dans l'arrêt de cassation du 12 juin 1979 (358): cassant un arrêt de la cour d'appel de Paris (359), lequel avait trait à une caution bancaire "inconditionnelle" délivrée au profit d'une administration, caution pour remboursement de l'avance consentie au donneur d'ordre. Pou rejeter la compensation invoquée par le donneur d'ordre, les juges s'appuyaient que le fait que la caution portait sur une créance déterminée, née de l'avance de démarrage, "indépendante" des autres comptes entre donneur d'ordre et bénéficiaire. La Cour de cassation repousse cette argumentation : *"Attendu que pour rejeter cette exception (de compensation), la cour d'appel retient que "cette créance est indépendante des comptes qui peuvent exister entre X (le bénéficiaire) et Y (le donneur*

d'ordre)"; qu'en statuant ainsi alors qu'il résulte de l'arrêt qu'il n'existait, en l'espèce, aucune des causes d'exclusion de la compensation prévues à l'article susvisé, la cour d'appel a violé le texte (del'article 1293 du C. civ.)".

234. Le tribunal de grande instance de Paris, le 13 mai 1980 (360) permet de même de paralyser la demande du bénéficiaire étranger en invoquant l'exception de compensation. Le moyen procédural en l'espèce est la saisie-arrêt (361) : *"Alors que le groupement, note le juge, loin de renier son engagement, fait de la garantie à première demande l'assiette de la mesure conservatoire qu'il a pratiquée, et que la renonciation qu'il a souscrite à discuter l'appel de garantie ne l'empêche pas de faire valoir un droit de créance à l'égard de son contractant et ne lui interdit pas d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français."* En l'occurrence, la créance du donneur d'ordre sur le bénéficiaire résultait des défauts de paiement de celui-ci en contrepartie des prestations du donneur d'ordre pour lesquelles la garantie avait été émise. Si certains auteurs (362) écartent cette limite supplémentaire, on ne trouve chez eux aucune explication.

B. La force majeure, l'annulation, la résolution ou la résiliation du marché.

235. Dans son ouvrage sur le contrat international de construction, Brabant(363) admet une seconde limite supplémentaire : la force majeure. Il s'appuie - et son raisonnement est dès lors discutable - sur l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1973 (364). Or cet arrêt se réfère, nous l'avons vu, au droit du cautionnement et n'envisage pas l'originalité de la garantie automatique.

236. Si aucun autre auteur ne défend explicitement la même position (365), on

peut relever que certains auteurs et certaines décisions français, ont retenu de façon plus large que *"l'annulation ou la résolution du marché conclu libéreraient la garant"*(366). C'est ainsi que la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 janvier 1981 (367) énonce : *"l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la garantie..."* (368) et que letribunal de commerce de Paris, dans une des affaires iraniennes tranchées le 24 mai 1981 (369), adopte le même principe lorsqu'il déduit de la résiliation du contrat que *"la cause du contrat de garantie se trouve ainsi annulée"*.

237. Cette ultime limite à l'abstraction de la garantie automatique fait l'objet de critiques doctrinales (370). Leur rejet est fondé sur la nécessité pour l'institution d'offrir une parfaite sécurité au bénéficiaire de la garantie. Vasseur (371) ajoute : *"C'est dès lors commettre une très grave erreur de perspective que de déduire de la résiliation du contrat la disparition de la cause de l'engagement de garantie, car c'est faire de l'engagement de garantie non pas un engagement autonome, indépendant, mais un engagement accessoire. C'est le ramener à un cautionnement."*

CONCLUSIONS

238. 1. La double abstraction de la garantie automatique tant par rapport à la relation donneur d'ordre-garant que par rapport à la relation donneur d'ordre bénéficiaire est reconnue et affirmée unanimement par la doctrine et la jurisprudence françaises et belges.

2. De nombreuses incertitudes subsistent par contre quant au degré d'abstraction de la garantie automatique.

3. En particulier, deux interprêtations de la notion de fraude évidente s'opposent : l'une, extensive, permet au juge saisi un examen rapide de l'équilibre contractuel; l'autre, restrictive, exige la connaissance par le banquier de la fraude du bénéficiaire.

4. Ceraines limites de l'abstraction de la garnatie automatique, déceloppées par les droits belges et français sont profondément originales et ne se retrouvent pas dans les droits étrangers. En particulier, il apparaît que certaines exceptions tirées de l'opération garantie pourraient être invoquées en dehors des hypothèses d'illicéité, d'immoralité ou de fraude manifeste. Ainsi le fait que la demande ne se rapporte pas à l'opération garantie, l'exception de compensation, la rupture du marché, pourraient être opposés à cette demande.

SECTION 2 : LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT BELGE.

239. Deux arguments justifient la préséance accordée à l'étude de la doctrine belge :

- Le premier est purement chronologique. Dès 1965 (372) les professeurs Heenen et Van Rijn (373) notaient l'existence dans le commerce international d'une forme de sûreté personnelle non cambiaire et pourtant non réductible au cautionnement : la garantie "à première demande". En France, ce n'est que tout récemment que la doctrine et la jurisprudence (374) ont relevé l'originalité de certaines garanties émises par les banques.

- Le second argument tient à l'originalité de l'explication juridique proposée par les auteurs belges et déjà avancée pour le crédit documentaire. Ces derniers justifient par l'autonomie de droit commercial (375) la nature juridique de la garantie bancaire automatique, nature doublement exceptionnelle puisqu'elle est un acte unilatéral abstrait. Avant d'examiner la conception du droit français plus traditionnelle aux yeux du civiliste, il est bon de s'interroger sur la valeur de l'explication belge.

240. La double thèse de l'acte unilatéral abstrait est présente dès les premiers écrits. Pour Van Rijn et Heenen, en effet : *"Le cautionnement ne donne pas au créancier la garantie inconditionnelle que l'on recherche dans les affaires puisque la caution peut opposer au créancier les exceptions qui appartiennent au débiteur garanti... Certains acheteurs, généralement des organismes publics, exigent en effet que le constructeur fournisse une garantie destinée à assurer la bonne exécution d'une commande (qualité et bon fonctionnement du matériel livré). Dans*

le document constatant la garantie, un banquier s'engage à payer une somme déterminée à la première demande écrite de l'acheteur, sans que celui-ci ait à fournir aucune justification. Il s'agit d'un engagement abstrait, analogue à l'engagement cambiaire, mais dépourvu de tout formalisme". (376)

Article 1: La garantie bancaire automatique comme acte unilatéral.

1. On connaît la faveur recueillie en Belgique par la théorie de l'acte unilatéral à laquelle de nombreux auteurs éminents (377) se sont ralliés et que la Cour de cassation semble avoir admise à un moment donné (378). Sans exposer l'ensemble de la théorie (379), nous voulons simplement proposer ici quelques réflexions touchant l'application de cette théorie à deux techniques bancaires: le crédit documentaire et la garantie bancaire automatique (380). En effet, les auteurs (381) qui ont défendu le caractère unilatéral de la garantie bancaire automatique ont repris l'argumentation déjà suivie pour le crédit documentaire.(382)

Il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, d'expliquer que le banquier garant ou émetteur ou confirmateur d'un crédit documentaire *"est tenu de façon irrévocable dès l'émission du document* (383) *attestant sa volonté de s'engager à ce titre"* (384), avant toute réception de l'envoi par le bénéficiaire de la garantie ou du crédit documentaire.

§1. L'argument bancaire.

2. Exposé pour la première fois par Heenen, l'argument est depuis lors, repris tel quel (385) :*"En effet, les banques veulent avec raison que leur engagement devienne irrévocable dès qu'il a été exprimé afin de réduire les risques que*

leur cause l'opération. il arrive souvent que l'acheteur, après avoir demandé au banquier de s'engager sous telles conditions, revienne sur sa décision - soit qu'il donne de nouvelles instructions, soit même qu'il veuille supprimer le crédit irrévocable pour l'une ou l'autre raison. Dans l'intervalle, le banquier a envoyé la lettre de crédit au vendeur. Or si celui-ci devait accepter l'engagement pour qu'il devînt irrévocable, des difficultés s'élèveraient sur le point de savoir à quel moment le contrat s'est formé, difficultés d'autant plus graves qu'elles se compliqueraient de questions de droit international privé ... Il serait alors très malaisé pour les banques de déterminer si elles peuvent donner suite aux instructions nouvelles de l'acheteur, tandis que la solution adoptée leur permet d'opposer une fin de non-recevoir à ce dernier : la banque qui a envoyé la lettre de crédit au vendeur déclarera qu'elle ne peut plus rien modifier car elle est déjà définitivement engagée, sous des conditions qu'elle n'a plus le pouvoir de modifier." (386)

En d'autres termes, la théorie de l'acte unilatéral met à l'abri le banquier contre tout risque de révocation ou de rétractation de la part du donneur d'ordre. *"Il suffit que la lettre de crédit (ou de garantie)*[+] *ait été expédiée par la poste au vendeur (ou à l'importateur).*[+] *L'obligation du banquier trouve en effet sa source dans une déclaration unilatérale de volonté..."* (387)

§2. L'inutilité de la thèse

A. Les droits étrangers : le contrat conclu par acceptation tacite.

43. La thèse de l'engagement par volonté unilatérale est défendue en droit belge (388) pour rendre compte d'impérieuses nécessités pratiques. Les droits étrangers, nonobstant lesdites nécessités, se sont satisfaits d'un système contractuel. On peut douter de son succès. Ainsi, les droits anglais et américain, sans s'inquiéter

[+] *Nous ajoutons.*

de questions théoriques, reconnaissent la nature contractuelle de l'engagement du banquier apériteur d'un crédit documentaire (389) ou garant.

244. De même, la Cour de cassation française (390) a clairement décidé, à propos du crédit documentaire, qu'aucun lien de droit n'existe *"entre le banquier et le vendeur tant que celui-ci n'a pas reçu de celui-là notification du crédit ouvert"*. Et l'étude de l'engagement du banquier, garant "automatique", est l'occasion pour la doctrine française d'affirmer nettement (391) sa préférence pour la construction contractuelle(392). Ainsi, Gavalda et Stoufflet (393) estiment que :*"la formation de la convention : requiert le consentement du bénéficiaire qui n'est toutefois soumis à aucune forme particulière et peut résulter du silence observé à réception de la notification de garantie"*.

245. Ce système du contrat conclu par acceptation tacite du bénéficiaire est également développée dans les droits germaniques : " *La garantie est un acte bilatéral* + *(Zweiseitiges Rechtsgeschäft), un contrat (unilatéral); elle nécessite la volonté des deux parties. La conclusion du contrat naît en principe de l'acceptation tacite (Stillschweigend Annahme) de la déclaration de garantie considérée comme offre.*"(394)

Cette construction contractuelle par acceptation tacite du bénéficiaire trouve sa justification dans divers articles des codes allemand (§ 151 BGB), suisse (art. 6 O.R.), autrichien (§ 862 ABGB) qui prévoient, pour reprendre l'expression du législateur suisse : *"Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre*

+ *Nous soulignons.*

à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable." La solution contractuelle déjà affirmée pour l'engagement du banquier apériteur ou confirmateur d'un crédit documentaire (395) s'appuie autant sur les usages du commerce international en matière bancaire(396) que sur la méfiance des ordres germaniques (397) à l'égard de la force obligatoire de l'acte unilatéral.

La position de la doctrine belge reste isolée et, à l'analyse, son argumentation paraît peu utile.

B. La réfutation de l'argumentation bancaire belge.

46. En refusant le système de la conclusion du contrat par acceptation tacite, les défenseurs de l'acte unilatéral veulent éviter au banquier les risques de rétractation ou de demande de modification du client. Est-il nécessaire de justifier ce désir légitime par la théorie de l'engagement pour déclaration de volonté unilatérale ? *"Si tel est l'objectif poursuivi*, répond Coipel (398) à propos du crédit documentaire, *il peut être facilement atteint sans décider que le banquier est lié dès l'envoi de la lettre. Il suffit que dans le contrat qui le lie à son client, le banquier prévoie une clause écartant toute demande de modification après l'envoi de l'accréditif. Et lorsque le contrat est muet sur ce fait, on peut admettre que pareille clause, conforme à l'usage, est insérée par le biais de l'article 1135 du C. civ."*

"Dès lors, si d'aventure, par exemple en raison d'agissements dolosifs de son client, le banquier avait intérêt à se désister avant la notification du crédit à l'exportateur, il pourrait, selon nous, le faire. L'autonomie du crédit irrévocable par rapport aux relations entre le banquier et son client existe en

faveur des tiers et n'a donc pas de raison d'être tant que ceux-ci ignorent le crédit. C'est donc au moment où l'exportateur reçoit notification de l'accréditif qu'il faut faire commencer les obligations du banquier. A ce moment, l'offre du banquier est connue du destinataire. Elle ne peut être rétractée pendant un délai d'usage. Si l'exportateur ne la repousse pas avec la rapidité qui est inhérente au monde des affaires, son silence vaut acceptation tacite. Ainsi se noue, selon notre analyse, une relation de nature contractuelle."

Les remarques de Coipel à propos de l'accréditif peuvent être étendues à la garantie : *"La formation de cette convention requiert (aussi) le consentement du bénéficiaire qui n'est toutefois soumis à aucune forme particulière et peut résulter du silence observé à la réception de la notification de la garantie."*(399). Il est en outre évident que c'est dans le contrat entre le donneur d'ordre et le garant que ce dernier se prémunira des risques de rétractation ou de demande de modification du premier en insistant sur l'irrévocabilité du mandat (400).

247. Ce système du contrat par acceptation tacite du bénéficiaire qui généralement, a lui-même imposé le texte de la garantie, nous apparaît plus conforme à la réalité. Il ne s'agit pas pour autant d'imaginer que l'acceptation a lieu par avance, c'est-à-dire lors de la négociation du texte de la garantie par les parties au contrat commercial et que la formation du contrat soit immédiate dès l'envoi de la garantie (401). L'acceptation du bénéficiaire existe lorsque, après réception de la notification de la garantie (402), son absence de refus dans des délais brefs (403) permettent de la présumer. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à ce qui, selon la doctrine française dominante (404), doit rester une exception *"cantonnée dans les limites modestes dont elle n'aurait jamais dû sortir"*. (405)

Au delà de ces remarques, il convient d'examiner comment la doctrine belge

justifie théoriquement son recours à la thèse de l'acte unilatéral pour expliquer le crédit documentaire et la garantie automatique.

§ 3. La contradiction de la théorie de l'acte unilatéral.

248. Van Rijn établit (406) le fondement de la force obligatoire des engagements unilatéraux comme suit :"*Tous ces actes unilatéraux sont générateurs d'effets juridiques parce qu'ils prennent place dans le cadre d'une opération ou d'une institution qui leur sert de soutien. Leurs effets ne sont pas l'oeuvre arbitraire du déclarant; ils sont prédéterminés par la loi ou les usages mais ils ne se produiraient pas sans la manifestation de volonté qui les déclenche*". "*L'acte unilatéral devient ainsi*," selon l'expression de Coipel (407), "*une manifestation d'adhésion (408) a des mécanismes légaux ou coutumiers.*"

249. Il y a contradiction a proclamer la valeur de la volonté isolée et en même temps à ne lui accorder d'effets juridiques que dans la mesure où elle peut rencontrer d'autres volontés autour d'une commune participation à un mécanisme connu, aux effets"stéréotypés" , selon l'expression de Kübler (409). Ainsi, lors des différents stades de l'élaboration des mécanismes tripartites que sont le crédit documentaire et la garantie bancaire automatique, chaque partie s'accorde avec autrui en vue de la réalisation de l'opération. Le donneur d'ordre de la garantie qui réclame l'émission d'une garantie bancaire automatique connaît les risques qu'il prend. Il s'engage à ne pas agir contre le sens du mécanisme dont il a réclamé la mise sur pied et le garant le sait dans la mesure où il participe à la construction du même édifice (410).

Garant, exportateur et importateur participent ensemble, consciemment, à la formation d'un mécanisme tripartite connu, "aux effets prédéterminés" et, par

conséquent, leurs volontés se rencontrent effectivement. Pareil "consensus" est le fondement même de l'acte unilatéral; il en est également la négation : là réside la contradiction. L'idée de contrat rend mieux compte de la réalité unique de cette opération tripartite que celle d'acte unilatéral. L'acte unilatéral en accentuant l'autonomie de chaque engagement obscurcit la réalité d'une rencontre effective des volontés autour d'un mécanisme commun.

Article 2: La garantie bancaire automatique comme acte abstrait.

§1. L'exposé de la thèse.

A. Les affirmations doctrinales et jurisprudentielles de la nature abstraite de la garantie automatique.

250. On se souvient (411) que le tribunal de commerce de Bruxelles, le 7 août 1979, refusait de reconnaître la validité de la garantie automatique au motif que seule la loi peut valider des actes abstraits, selon l'expression de la Cour de cassation du 13 novembre 1969. On connaît le sort que la doctrine (412) a réservé à l'interprétation restrictive de la Cour de cassation. Le commentateur lui-même de l'arrêt de la Cour de cassation - arrêt sur lequel s'appuie la décision de Bruxelles - a déjà refusé de s'y rallier. Selon lui, *"si le législateur a organisé de manière plus ou moins précise le mécanisme de certains titres négociables, concrets ou abstraits, cela n'exclut nullement la faculté de créer d'autres titres négociables - en dehors de ceux que la loi prévoit : De tels titres peuvent parfaitement être émis en vertu de l'autonomie de la volonté et ils sont rencontrés dans la pratique sous des formes diverses ... La pratique a en effet créé pour les besoins de la vie des affaires particulièrement, des actes abstraits de leur cause, indépendamment de toute intervention positive du législateur, par*

le jeu de l'autonomie de la volonté. Ces actes répondent à des nécessités certaines : ils sont utilisés fréquemment et ne présentent aucun inconvénient , ils traduisent un besoin de sécurité juridique et de rapidité des transactions comme les actes abstraits déjà organisés par la loi positive".(413)

251. Van ommeslaghe applique ce raisonnement à la garantie à première demande, *"acte abstrait innommé"*. Ces rélexions sont à l'origine de la doctrine belge récente qui légitime la garantie automatique en lui reconnaissant une nature abstraite (414). *"La matière (de la cause)*+ *ne touchant pas comme telle, à l'ordre public"*(415), le principe d'autonomie de la volonté autorise la création d'une obligation abstraite nouvelle (416) : celle née de la garantie automatique. Ce principe permet aux parties d'adhérer à un mécanisme exigé par les besoins de la pratique (417).

252. La garantie bancaire automatique est donc un acte abstrait "sui generis". La jurisprudence belge récente se fait parfois l'écho de cette conclusion doctrinale. On citera, en particulier, l'attendu de la sentence du tribunal arbitral de la C.C.I. du 19 septembre 1979 rendue en droit belge :(418)"... *le commerce et la pratique des affaires ont développé pour leurs propres besoins des actes légaux qui sont détachés de leur cause et fondés sur le principe d'autonomie de la volonté.*"(419)

B. Les arguments en faveur de la thèse de la nature abstraite.

253. *"Le caractère abstrait de l'engagement du banquier* ,estime Van Lier (420), *se justifie généralement par la considération que la sûreté que procure le crédit*

+*Nous ajoutons.*

irrévocable (ou la garantie automatique)+ *ne peut jouer pleinement son rôle dans les affaires internationales que si l'obligation du banquier est inconditionnelle, c'est-à-dire détachée des vicissitudes du contrat de base... En effet",* poursuit Van Lier (421), *"le caractère abstrait de la sûreté, c'est à dire essentiellement la circonstance que l'engagement du garant est détaché de sa cause, fonde l'autonomie de l'obligation assumée par ce dernier. Cette indépendance des obligations par rapport aux circonstances qui ont donné naissance à son engagement, expliquerait que le garant soit tenu dans les liens d'une obligation entièrement distincte de celle du premier obligé ... L'inopposabilité par le garant au bénéficiaire tant des exceptions déduites du rapport garant-premier obligé que de celles issues des rapports bénéficiaire-premier obligé trouverait également sa justification".*

En d'autres termes, la fonction de la garantie bancaire automatique exige l'abstraction (422) au sens technique, c'est à dire l'autonomie de l'engagement du banquier garant envers le bénéficiaire tant par rapport au contrat donneur d'ordre-banquier que par rapport au contrat donneur d'ordre-bénéficiaire; en conséquence, l'engagement du banquier doit être abstrait (423). L'abstraction de l'engagement du garant nécessaire à l'accomplissement de la fonction de la garantie "automatique" s'explique, en droit belge, par la théorie de l'acte abstrait. Cette thèse semble peu utile, voire erronée et contradictoire.

§2. L'inutilité de la thèse de l'acte abstrait

254. L'inutilité de la référence à la nature abstraite de la garantie automatique s'énonce en trois propositions :

1. La nature abstraite de la garantie automatique se confond avec son caractère

+Nous ajoutons.

non accessoire;

2. La nature abstraite de la garantie automatique se limite à traduire le régime d'inopposabilité des exceptions;

3. La nature abstraite de la garantie automatique ne peut expliquer les limites de l'abstraction de l'engagement du banquier.

A. La confusion engagement abstrait - engagement non accessoire.

255. Nous avons insisté dans notre étude du droit allemand (424) sur la confusion de la nature abstraite de la garantie automatique et du caractère non accessoire qu'elle présente en tant que sûreté personnelle. La théorie de l'acte abstrait a en vue de traduire le caractère non accessoire de la garantie automatique: *"en permettant la création d'une obligation de garantie, non seulement principale mais encore détachée de sa cause, le principe d'autonomie de la volonté est ainsi à la base d'une sûreté personnelle dépourvue de caractère accessoire"*(425). Sans nous poser pour l'instant la question de la valeur de cette "traduction"(426), relevons simplement qu'elle implique que la validité de l'obligation née du contrat de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire de la garantie soit la cause de l'engagement du garant automatique(427) et, partant, que le cautionnement soit analysé comme un contrat causal (428) puisqu'il n'est pas, lui, détaché de cette cause. Or, en droit belge, le cautionnement est considéré comme un contrat abstrait.

Mais cette traduction dont la valeur reste incertaine est-elle utile ? Ne suffit-il pas d'affirmer le caractère non accessoire de la garantie automatique sans devoir relever en outre sa nature abstraite ? On citera à ce propos, la décision récente du tribunal de commerce d'Anvers (429) devant lequel la nature

abstraite d'une garantie était plaidée : *"Attendu que le tribunal estime superflu (overbodig) de vider cette querelle puisque la convention fait la loi des parties et que dès lors il suffit d'examiner ce qui est convenu".*

B. La nature abstraite et la traduction du régime de l'inopposabilité des exceptions.

256. *"La licéité de l'engagement abstrait"* (pris par le garant automatique), écrit Van Lier, *"ne fait pas de problème;" "L'obligation abstraite ... se caractérise essentiellement par l'inopposabilité des exceptions déduites des rapports antérieurs".* (430) Le succès de l'acte abstrait s'explique dans nos droits par la volonté de justifier le fait que, dans certaines relations triangulaires (431), un débiteur ne peut opposer à son créancier les exceptions tirées des relations originaires de ce débiteur ou de ce créancier avec une tierce personne.

257. A l'examen, cette explication est inutile: l'acte abstrait n'apparaît jamais que comme la traduction (432) doctrinale a posteriori du principe de l'inopposabilité des exceptions et non comme sa justification. Ainsi, pour ne reprendre que l'hypothèse de l'engagement cambiaire à propos duquel la thèse de la nature abstraite a souvent été évoquée, Larroumet (433) doit constater :
"Quant à la lettre de change dont la règle d'inopposabilité des exceptions est volontiers étendue aux autres titres négociables, son explication par la notion d'opération abstraite est relativement récente. C'est parce que, comme la délégation, elle entraîne inopposabilité des exceptions, que l'on a songé à y voir une opération abstraite, puisque l'inopposabilité des exceptions est propre aux opérations abstraites."

Indépendamment de la qualité de cette traduction a posteriori, nombre d'auteurs mettent en cause son opportunité. La règle de l'inopposabilité des exceptions se justifie par les besoins de la vie des affaires sans qu'il soit nécessaire d'invoquer la nature abstraite des engagements auxquels la règle s'applique (434). Bref, la soi-disant référence à la nature abstraite s'avère à l'examen moins une explication qu'un résultat. *"Ce n'est pas parce qu'il y a acte abstrait, qu'il y a inopposabilité des exceptions mais parce qu'il y a inopposabilité des exceptions qu'il y a acte abstrait"*. (435)

De plus, s'il y a inopposabilité des exceptions dans certaines opérations tripartites, ce n'est pas parce qu'il y a acte abstrait, mais parce que le législateur ou les usages du commerce ont rendu nécessaire l'inopposabilité des exceptions: la référence au sens et au but de l'opération tripartite suffit donc à expliquer le régime d'inopposabilité des exceptions qui caractérise l'engagement né du contrat de garantie automatique sans qu'il faille en outre faire intervenir la nature abstraite de cet engagement.

C. La nature abstraite et l'explication des limites de l'abstraction de la garantie automatique.

58. Une autre critique complète la précédente. La nature abstraite non seulement ne traduit pas utilement l'abstraction de la garantie automatique, mais surtout, elle n'explique pas le degré d'abstraction propre à cet engagement. Il importe de s'en référer derechef à la fonction de chaque opération pour saisir les limites de l'abstraction.

Van Ommeslaghe (436) admet qu'il faut reconnaître *"différents degrés d'abstraction!*

Le régime d'inopposabilité des exceptions diffère suivant les différents types d'engagements dits "abstraits" en fonction des nécessités propres à chaque opération dans laquelle chacun de ces engagements trouve à s'insérer. Parmi les sûretés personnelles, l'abstraction qui caractérise le cautionnement est différente de celle de la garantie documentaire, différente aussi de celle de la garantie automatique; parmi les moyens de paiement, l'abstraction propre aux relations cambiaires se distingue de celle du crédit documentaire qui elle-même ne peut être assimilée à celle de la délégation-paiement imparfaite du code civil.

259. En ce qui concerne les moyens de paiement, il est traditionnellement admis que l'abstraction de la délégation se limite à la nullité d'une seule des deux conventions de base (437) : le délégué n'a pas à payer lorsque les deux conventions -celle de valeur d'une part, celle de provision d'autre part- sont nulles. L'explication de cette limite consiste dans le fait que la délégation-paiement imparfaite du code civil a comme seul but la simplification des paiements, et suppose au moins la présence d'une obligation valable à éteindre (438). A l'inverse, l'obligation du banquier, apériteur d'un crédit documentaire, survit à la double nullité des conventions de base : *"Pour que le crédit irrévocable puisse remplir sa fonction, il faut que l'engagement du banquier ne demeure pas tributaire de relations juridiques préexistantes entre lui-même et le donneur d'ordre, ainsi qu'entre vendeur et acheteur"*(439). L'arrêt de la cour d'appel de Rome du 30 avril 1942 (440) confirme le bien-fondé de cette différence de degré d'abstraction entre le crédit documentaire et la délégation, différence qui ne peut se justifier que par la différence de leur "sens et but", selon l'expression de Von Caemmerer (441).

260. En ce qui concerne les sûretés personnelles, les mêmes réflexions s'imposent. La doctrine belge tient également le cautionnement (442) et la garantie automatique pour des actes abstraits. Leur degré d'abstraction est pourtant différent. Cette différence ne peut se comprendre que par la fonction que chaque type de sûreté est appelée à jouer (443). Ainsi, la garantie automatique n'a pas le même degré d'abstraction que le cautionnement, *"le garant... s'engageant à payer non la dette d'autrui mais bien à assurer au bénéficiaire ... la sécurité absolue de la bonne fin de l'opération commerciale (internationale)"*. (444)

261. Incapable de justifier la différence entre les degrés d'abstraction de la garantie automatique et du cautionnement, la théorie de l'acte abstrait se révèle en outre incapable de justifier les limites de l'abstraction propres à la garantie automatique. La doctrine belge admet, nous l'avons vu, des limites à l'abstraction de la garantie automatique. *"Il s'agit"*, selon Velu, *"d'une part, du cas où la garantie est émise à l'occasion d'un contrat contraire à l'ordre public international et, d'autre part, de l'hypothèse où la demande est manifestement abusive"* (445). Van Lier (446) ajoute en outre le cas où la réclamation du créancier ne concerne ni le débiteur cautionné, ni la commande en cause. Pour justifier ces limites, il ne suffit pas d'affirmer que l'obligation abstraite n'est jamais sans limite ni de se contenter d'une analogie avec les limites acceptées dans d'autres actes abstraits tels que le crédit documentaire ou la lettre de change. Le problème est déplacé; il n'est pas résolu. Dans chacun des cas, le détachement de l'acte dit abstrait par rapport à l'opération de base a une portée différente et originale.

§3. Le fondement erroné de la thèse.

2. Lorsqu'il cherche à justifier la nature abstraite de la garantie automatique, Van Lier (447) écrit: *"L'obligation abstraite est généralement considérée comme un engagement se suffisant à lui-même, indépendamment des mobiles ayant amené le débiteur à s'engager"*. L'auteur reprend à son compte la présentation de Capitant: *"Le but que poursuit le débiteur en s'obligeant ne fait plus corps avec la manifestation de sa volonté, c'est-à-dire le fait de s'obliger. Il y a bien alors, à proprement parler, engagement abstrait séparé de sa cause"*(448).

Dans cette ligne, quelle est la cause de la garantie automatique, c'est-à-dire la cause de l'engagement du garant envers le bénéficiaire?

A. La cause de la garantie automatique comme la relation entre le donneur d'ordre et le garant.

3. Le "but" dont parle Capitant pourrait être le motif qui, vis-à-vis du donneur d'ordre, aurait déterminé le garant à octroyer la garantie automatique. Ce motif serait alors la bonne exécution du contrat d'ouverture de crédit. C'est cette conception de la cause qu'adopte Velu (449). *"si l'on fait application de cette définition* (de la cause)[+] *à l'engagement du garant, la cause de cette obligation peut être trouvée dans le rapport contractuel existant entre le garant et le donneur d'ordre, en vue notamment de percevoir les commissions qui lui sont dues par celui-ci"*. (450)

Cette conception de la cause de l'engagement du garant automatique est critiquable pour deux motifs :

[+] Nous ajoutons.

- Elle ne permet, en aucune façon, de distinguer la garantie automatique du cautionnement. Or, la dénomination de garantie "abstraite" employée par les auteurs belges laisse entendre que la nature abstraite originale de la garantie automatique doit permettre de la distinguer du cautionnement.

- Elle ne correspond à aucune définition de la cause admise par les droits belge et français. Les conceptions subjectivistes, même maximalistes, s'accordent pour restreindre la cause au cercle des motifs entrés dans le champ contractuel. Or la fonction de garantie - tant de la garantie automatique que du cautionnement - exclut que les motifs du garant tirés de ses relations avec le donneur d'ordre entrent dans le champ contractuel (451).

B. La cause de la garantie automatique comme l'obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire.

64. Il est rare que les auteurs belges se réfèrent exclusivement à cette première notion de la cause (452) pour affirmer la nature abstraite de la garantie automatique. Comme le note Van Lier (453) : *"En accord avec Van Ommeslaghe, une telle garantie constitue un engagement détaché de sa cause en ce sens qu'il est indépendant de la relation existant entre le garanti et le bénéficiaire"*. La cause de la garantie automatique serait donc l'obligation du garanti envers le bénéficiaire née en principe du contrat de base. Cette compréhension de la cause de la garantie se réfère à la conception objective de la cause dite catégorique, telle qu'elle est développée par Boyer (454). La cause catégorique se définit comme l'ensemble des *"conditions de possibilité de réalisation"* d'un contrat.

65. En toute hypothèse, une telle définition de la cause de la garantie est

intenable. Il ne s'agit plus ici d'affirmer simplement que l'emploi en ce sens de la notion d'acte abstrait ferait double emploi avec le caractère non-accessoire de la sûreté concernée; il s'agit de constater l'arbitraire de la définition retenue. La garantie automatique n'est en effet abstraite que dans la mesure où on lui assigne comme cause "catégorique", une cause identique à celle du cautionnement. Or, il n'est pas sûr que l'ensemble des"conditions de possibilité de réalisation" de la garantie automatique doive-t-être le même que celui du cautionnement. La garantie automatique a en effet pour fonction de garantir l'exécution d'une prestation indépendamment des vicissitudes juridiques qui peuvent affecter l'obligation. La condition de possibilité de réalisation de la fonction contractuelle propre à la garantie automatique, sa cause catégorique, n'est donc pas l'obligation valable du donneur d'ordre envers le bénéficiaire, mais l'existence d'une opération commerciale où ils se trouvent partenaires: *"... tant l'intention des parties que l'économie de l'institution,* reconnaît Van Lier (455),*indiquent que la garantie abstraite est consentie afin d'assurer la bonne exécution d'une transaction commerciale".*

C. Les conséquences de la cause catégorique de la garantie automatique.

266. Le fait de voir dans l'opération de base entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, la cause catégorique de la garantie automatique justifierait des limites que Van Lier reconnaît à la garantie automatique(456): *"L'obligation abstraite, à travers les illustrations qu'en révèle le droit positif, n'est jamais sans limites. Il existe, notamment en matière d'instruments négociables ou de crédit irrévocable, des hypothèses où un lien est rétabli entre l'obligation abstraite et les relations commerciales sous-jacentes... Ainsi, le banquier ayant*

ouvert un crédit irrévocable peut refuser qu'il soit fait usage du crédit lorsque le contrat de base est entaché d'illicéité, lorsqu'il fait défaut ou encore lorsque le banquier a connaissance de ce que la créance commerciale est éteinte par paiement ... L'engagement de la banque de ne pas différer le paiement ou de na pas soulever de contestation implique en outre nécessairement que la réclamation du créancier soit afférente à la fois au débiteur cautionné et à la commande en cause". Dans toutes ces hypothèses, c'est le défaut, l'illicéité ou la disparition de la cause catégorique de la garantie automatique qui expliqueraient la libération du garant (457). On retrouvera chez les auteurs français un raisonnement semblable (458).

§4. La contradiction interne de la thèse de l'acte abstrait.

67. On peut reprendre ici la critique déjà adressée à la thèse de l'acte unilatéral, selon laquelle il est contradictoire d'affirmer à la fois l'isolement de l'engagement du banquier garant et sa participation à un mécanisme triangulaire dont chaque partie connaît et mesure les effets. Dans la mesure où le fondement de la thèse de l'acte abstrait repose sur les mêmes principes que la thèse de l'acte unilatéral, la même critique peut lui être faite.

68. Van Ommeslaghe (459) dans son étude de la théorie de l'acte abstrait, affirme la validité de l'acte abstrait soit *"lorsque le législateur l'aura voulu comme tel, soit encore lorsque les parties auront manifestement l'intention nette et formelle de créer un engagement abstrait de sa cause".* Cette seconde branche de l'alternative est réalisée, pour l'auteur, *"notamment"*(460), lorsqu'il y a *"adhésion à une institution caractérisée selon l'opinion commune par l'abstraction des*

obligations qu'elle engendre". On ne conteste pas que la garantie automatique soit une de ces institutions coutumières (461), mais subsiste une certaine contradiction entre ce fondement de la validité de l'acte abstrait et la notion même d'acte abstrait. En effet, la notion d'acte abstrait, comme la notion d'acte unilatéral, renforce l'isolement de l'engagement du garant automatique et le détache des conventions qui en forment la base, la "cause". Elle empêche ainsi de voir le lien logique entre ces conventions, leur unité. Or, chaque relation de l'opération triangulaire ne peut se comprendre que par sa participation à l'ensemble. Les conséquences de la délivrance de la garantie automatique, en particulier le régime de l'inopposabilité des exceptions qui la caractérise, ne s'expliquent pas par l'isolement d'un engagement par rapport à d'autres, mais par sa cause, c'est-à-dire la participation de cet engagement à la réalisation de l'équilibre global communément voulu et mis en place par l'opération triangulaire (462).

CONCLUSIONS

269. 1. En droit belge, la garantie automatique s'analyse comme un acte unilatéral abstrait.

2 . Ce double caractère de la nature juridique de la garantie automatique appelle la critique suivante: il ne permet pas de comprendre la fonction de la garantie automatique dans l'ensemble de l'opération tripartite et en particulier dans l'équilibre contractuel mis en place dans l'opération commerciale internationale; il isole en effet artificiellement l'engagement du garant des conventions qui en sont l'origine.

3 . A cette critique fondamentale s'ajoute l'inutilité de l'explication de la garantie automatique comme acte unilatéral.

3 . Quant à la nature abstraite de la garantie automatique, elle représente une traduction maladroite de l'abstraction propre à cette garantie, incapable d'expliquer le degré d'abstraction de l'institution. Elle repose sur le postulat indiscuté que la cause de la garantie automatique est l'obligation valide et efficace du donneur d'ordre envers le bénéficiaire.

4. En conséquence, la thèse de l'acte unilatéral abstrait ne peut pas être adoptée.

SECTION 3: LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT FRANCAIS.

270. A l'encontre de la justification belge fondée sur l'autonomie du droit commercial, l'interprétation française est civiliste: la garantie automatique est un contrat causé. Quelqu'en soit la définition, la cause en droit français fonde la validité, explique la nature et justifie les limites de l'abstraction de la garantie bancaire automatique.

Article 1: La cause de la garantie automatique.

§1. La nature juridique du crédit documentaire et de la garantie automatique.

271. En droit français -comme dans les autres droits- la nature juridique de la garantie automatique s'est développé à partir des considérations relatives à la nature juridique du crédit documentaire. Le droit français ne s'est pas arrêté à la nature abstraite du crédit documantaire (463) mais il a toujours tenu que l'engagement du banquier est *"indépendant"*(464), *"autonome"*(465), détaché de l'opération commerciale de base. La négation de la nature abstraite de l'institution n' entraîne ni la négation de son abstraction ni d'ailleurs, il faut le souligner, l'affirmation de sa nature causale (466).

272. Jusqu'il n'y a guère, les juges français (467) -sans doute inspirés par la condamnation implicite de la cour d'appel de Paris le 15 juin 1973 (468)- n'ont de même ni évoqué la nature abstraite de la garantie automatique, ni sa nature causale: ils n'ont parlé que de la garantie *"indépendante"*, *"autonome"*ou *"distincte"* (469). Unique exception, le tribunal de grande instance de Paris énonce, le 13 mai 1980 (470), que *"la garantie s'analyse comme un engagement abstrait"*. Depuis lors, quelques décisions jurisprudentielles et la doctrine ont progressivement consacré la nature causale de la garantie automatique.

§2. La double notion de cause de la garantie automatique.

273. En matière de garantie automatique, les textes français mettent en évidence deux conceptions de la notion de cause qui se rapprochent des deux conceptions du droit italien: la cause-fonction et la cause matérielle. Si la première est peu développée, la seconde doit son succès à la volonté du droit français d'élargir les limites de l'abstraction de la garantie automatique.

A. La cause-fonction de la garantie automatique.

274. Nous avons déjà relevé l'arrêt de la cour d'appel de Riom (471) rejetant la demande préventive d'interdire le paiement bancaire adressée par l'exportateur. Outre qu'elle invoque l'absence de fraude du bénéficiaire, la cour appuie sa décision sur la considération suivante: *"... l'appelante n'est pas fondée à soutenir que la garantie en question n'est qu'un contrat de cautionnement, accessoire au contrat commercial dont il ne peut être détaché sous peine de constituer un cpntrat sans cause qui serait nul; qu'il trouve en effet sa cause dans le désir et la volonté de (l'exportateur) de réaliser son marché ..., ce qui eût été impossible sans la mise en place des cautions à première demande exigées par le contractant iranien, garanties qui sont d'ailleurs d'un usage fréquent dans les relations commerciales internationales pour des motifs de sécurité évidents; que décider que le cautionnement (à première demande)+ n'est que l'accessoire du contrat commercial dont il devrait suivre le sort irait à l'encontre de la fonction++ même de la garantie à première demande, dont l'institution serait complètement ruinée, se trouvant dépourvue de toute efficacité réelle".* (472)

+ Nous ajoutons.
++ Nous soulignons.

275. La définition de la cause donnée par la cour d'appel de Riom est ambiguë. En effet, la cause y est présentée comme l'intérêt, au sens matériel du terme, (la considération du droit anglais), que présente la délivrance de la garantie pour le donneur d'ordre (473).Cela, pourtant, ne suffit pas, car le donneur d'ordre n'est pas partie au contrat de garantie. Or, c'est la cause de ce contrat qui doit être trouvée.

Villerey (474) reprend l'intuition de la cour d'appel, mais il la précise: il distingue la cause du contrat donneur d'ordre - banquier de la cause du contrat de garantie. Il note d'abord que la délivrance d'une garantie à première demande est présentée par le bénéficiaire comme *"la condition déterminante, indispensable à la signature du marché". "La demande que l'exportateur français formule à sa banque pour obtenir cette garantie à première demande, aux conditions définies par l'importateur étranger trouve sa cause dans la nécessité qui vient d'être décrite, qui conditionne la réalisation de l'opération économique recherchée par cet exportateur".* Ayant ainsi défini la cause du contrat entre le donneur d'ordre et le banquier, il aborde la question de la cause du contrat de garantie: *"L'engagement de la banque, conforme aux exigences de l'importateur étranger, trouve, par le canal de la demande de l'exportateur, sa cause dans la réalisation de la condition mise par cet importateur à la signature de l'opération économique concernée ainsi que dans la volonté de la banque qui trouve dans l'étude de son objet vocation et même mission d'aider à la réalisation d'opérations économiques de ce type".*

276. Pour Villerey, la cause de la garantie automatique est la volonté du banquier d'adhérer à la fonction de la garantie automatique dans l'opération économique internationale mise en place entre l'exportateur et l'importateur. Cette définition précise la notion anglà-saxonne de la cause de la garantie automati-

que, laquelle est comprise comme l'adhésion à un mécanisme consacré par les usages du commerce international (475). Villerey insiste sur la fonction de ce mécanisme dans l'équilibre contractuel de base.

Si le droit italien (476) et certains auteurs allemands (477) ont cerné avec plus de précision la notion de cause-fonction, la définition donnée par Villerey présente cependant un intérêt.

B. La cause matérielle de la garantie automatique.

77. Pour bien comprendre la seconde conception de la cause de la garantie automatique, il faut examiner l'évolution récente de la définition de la cause du cautionnement dans la doctrine et dans la jurisprudence françaises.

1. L'évolution de la conception de la cause du cautionnement.

78. On connaît la présentation classique (480) de la cause du cautionnement, parfois reprise dans la jurisprudence: *"La cause du cautionnement qui réside soit dans une rémunération ou un avantage obtenu du débiteur, soit dans une intention libérale, se trouve dans le rapport juridique qui unit la caution au débiteur"* (481). Une telle conception de la cause du cautionnement devait entraîner logiquement l'affirmation de la nature abstraite de ce contrat. En effet, *"le mécanisme même du cautionnement exige que le créancier ne puisse voir remis en question l'engagement de la caution"*(482) pour une raison tirée des relations de ce dernier avec le débiteur.

Cette conception de la cause du cautionnement et, dès lors, l'affirmation de la nature abstraite de ce contrat ont été critiquées. Elles prétendent s'appuyer sur la notion de cause développée par Capitant (483). Or la cause est définie chez cet auteur comme l'ensemble des motifs entrés dans le champ contractuel (484). L'application de cette définition générale de la cause du cautionnement démontre qu'en aucune manière,les motifs et mobiles de la caution

tirés de sa relation avec le débiteur ne peuvent être qualifiés de cause du cautionnement. Ces motifs et mobiles n'entrent pas en effet dans le champ contractuel. Soit le créancier les ignore (485), soit de toute façon il les exclut faute de quoi, la délivrance du cautionnement n'aurait plus de sens pour lui, il n'y trouverait pas la sécurité désirée. La relation entre le débiteur et la caution ne peut être considérée comme la cause du cautionnement (486). Aussi, la doctrine et la jurisprudence françaises ont-elles cherché une autre définition de la cause du cautionnement.

79. Nous avons évoqué plus haut la théorie de la cause catégotique développée par Boyer à la suite de Maury (487) : *"La cause est purement objective et sa fonction est permissive: la volonté est certes une des conditions nécessaires pour l'existence du contrat, mais elle n'est pas suffisante. C'est d'elle que dépend le choix du type de contrat; la possibilité de réaliser ce dernier n'en dépend aucunement et c'est à une impossibilité de cet ordre que correspond le concept d'absence de cause"*(488). *"Dans le cas du cautionnement,* ajoute l'auteur, *le but contractuel d'une telle opération vise en effet à la garantie d'un rapport de droit principal; pour qu'un tel but soit réalisable, il faut qu'un tel rapport existe; la dette principale fait donc partie des motifs qui servent de cause au contrat"*(489).

La cour de Cassation française, le 8 novembre 1972 (480), reprend cette idée objective de la cause du cautionnement mais la nuance quelque peu: *"Mais attendu,* note la cour de Cassation, *que loin de confondre objet et cause du contrat, la cour d'appel a retenu exactement que la cause de l'obligation de la caution était la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier envers le débiteur"*(491). Ainsi, la cause de l'engagement de la cau-

tion est l'avantage procuré au débiteur par le créancier (492), avantage qui fonde l'obligation principale garantie. Pour la Cour de cassation, la cause du cautionnement n'est donc pas directement l'obligation principale garantie mais l'avantage à l'origine de cette obligation. Cette nuance n'est pas aperçue par les annotateurs (493) qui retiennent que la cause du contrat de cautionnement est désormais, selon la Cour de cassation française, l'obligation principale à garantir (494).

2. La cause matérielle ou "catégorique de la garantie automatique.

280. Dès 1977, Dubisson écrivait à propos de la garantie inconditionnelle: *"Il s'agit d'un engagement juridique unilatéral du garant et donc de l'exportateur dont la cause juridique abstraite réside dans la seule signature du contrat principal et non pas dans son inexécution ou sa mauvaise exécution. Le lien entre la garantie et l'existence d'un contrat demeure, mais il n'y a plus aucun lien entre la garantie et les obligations que ce contrat met à charge de l'exportateur"*(495). Ce texte contient deux affirmations: 1. l'engagement de garantie est un acte unilatéral; 2. l'engagement de garantie est lié à l'existence du contrat de base, mais non à celle des obligations qui doivent ou devraient en découler.

La première affirmation a déjà été critiquée (496). La seconde affirmation introduit un principe développé par la doctrine française: la garantie automatique est un acte causal et sa cause *"abstraite"*(497) est l'existence du contrat commercial de base indépendamment de l'existence et de la validité des obligations qui normalement naissent de ce contrat.

L'analyse de Dubisson est confirmée par Vasseur: *"Pour nous, Français, la garantie à première demande trouve sa justification, sa cause, dans le contrat*

de base conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire étranger"(498). Gavalda et Stoufflet (499) nuancent cette définition de la cause en fonction des différents types de garantie: *"La cause de la garantie dite d'"exécution", celle qui soulève le plus de difficulté, pourrait être l'existence d'un contrat ou peut être, plus exactement, la conclusion d'un contrat entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire" ... "La cause de la garantie de soumission est la présentation d'une offre par le soumissionnaire, fait bien défini. Quant à la garantie de remboursement, elle a pour cause le versement d'avances par l'importateur".*

C. Le lien entre la cause-fonction et la cause matérielle de la garantie automatique.

281. Nous avions insisté, dans notre examen du droit italien, sur l'étroite unité des deux conceptions de la cause, la cause-fonction renvoyant nécessairement à la présence de la cause matérielle. Cette unité est également constatable en droit français.

Dans leur analyse de la cause de la garantie automatique, Gavalda et Stoufflet (500) notent: *"La cause est, selon l'opinion la plus répandue, de caractère objectif, au moins lorsqu'il s'agit d'en apprécier l'existence ... La cause varie selon la nature* (+) *du contrat ou de l'opération juridique voulue".* En d'autres termes, la cause matérielle est fixée par les exigences de la cause-fonction du contrat, de sa nature, *"de son sens et de son but" (Sinn und Zweck).*

Cette affirmation découle naturellement de la conception de la cause catégorique développée par Boyer (501). Si la cause catégorique ou matérielle est,

---

(+) Nous soulignons.

rappelons-le, *"tout élément matériel dont le défaut rend par là-même impossible la réalisation du but contractuel"*, ces éléments sont fixés abstraitement par la nature du contrat : de par sa nature, la garantie supposera l'existence d'un marché; le cautionnement de son côté exigera l'existence d'une obligation valide et susceptible d'être exécutée. La notion de cause catégorique n'est pas opposée à la notion de cause développée par Capitant (502): *"Dans la plupart des contrats*, reconnaît Capitant, *le lien qui unit l'obligation et la cause, est à la fois invariable et indestructible ... Invariable, c'est à dire que pour un contrat donné, le but poursuivi par chaque contractant est toujours le même, quelle que soit la personnalité des contractants"*.

282. Le lien entre les deux conceptions de la cause n'empêche pas de les considérer séparément, méthode qui éclaire les rôles divers de la notion de cause (503) Ainsi, la notion de "fausse cause" doit être, à notre avis, réservée à l'erreur sur l'identité de la cause formelle (504) : c'est le cas lorsque les parties ont cru conclure un contrat de cautionnement alors que l'examen de la convention révèle la présence d'un contrat de garantie. La fausse cause entraîne la "dénaturation", la disqualification du contrat (505).

La notion d'absence de cause se rapporte, soit à une absence de cause formelle : les parties ne se sont entendues sur aucun type de contrat (506) même si la soi-disant convention a été qualifiée, soit - et c'est le cas le plus fréquent - à une absence de cause matérielle, lorsque les éléments *"catégoriques"*(Boyer) font défaut lors de la conclusion du contrat et que dès lors, la réalisation du but poursuivi par la conclusion du contrat s'avère, dès le départ, impossible. Ainsi, il y a absence de cause du cautionnement lorsque l'obligation garantie, née ou à naître, ne peut pour une quelconque raison exister (507).

L'erreur sur la cause, distinguée de l'erreur sur l'identité de la cause, est rarement une erreur sur la portée et les conséquences attachées par le droit à un type de contrat donné (508); elle est le plus souvent une erreur sur la cause matérielle, c'est à dire sur les qualités substantielles des éléments nécessaires à l'accomplissement de la fonction contractuelle (509).

Enfin, il y cause matérielle illicite ou immorale lorsqu'un des éléments "catégoriques" est, comme tel, illicite ou immoral (510). L'analyse des conséquences que la doctrine et la jurisprudence françaises tirent de la nature causale de la garantie automatique témoignera de l'intérêt des distinctions proposées.

§3. L'unité logique de l'opération tripartite comme fondement de la nature causale de la garantie automatique.

283. La critique de la théorie belge de l'engagement unilatéral abstrait (521) mettait en évidence la contradiction entre cette thèse et son prétendu fondement à savoir la constatation de la participation de toutes les parties à un mécanisme aux effets juridiques définis a priori. Au contraire, la thèse française de la nature causale du contrat de garantie automatique s'appuie explicitement sur ce "donné réel" de l'institution tripartite et y trouve sa justification.

La thèse de la cause-fonction, défendue par Villerey à la suite de la cour d'appel de Riom,(512), insistait sur la cohérence de l'opération tripartite à travers la création de multiples relations bipartites : *"La garantie participe au même titre que le contrat commercial à la formation de l'ensemble contractuel cohérent indispensable à l'aboutissement de l'opération commerciale"*(513). On ne peut dissocier la garantie des relations de base sur lesquelles elle s'appuie, puisque sa fonction est d'aider à la réalisation de l'équilibre contractuel mis

en place par l'opération commerciale garantie.

De même Vasseur (514), lorsqu'il affirme la nature causale de la garantie automatique, fonde son opinion sur l'unité logique ou mieux téléologique de l'ensemble de l'opération triangulaire. *"Qu'il soit néanmoins permis d'exposer comment on comprend, en France, le caractère causal de l'engagement du garant. Pour nous, Français, la garantie à première demande trouve sa justification, sa cause, dans le contrat de base conclu entre le donneur d'ordre français et le bénéficiaire étranger ... Contrat de base et contrat de garantie sont liés entre eux, ce qui ne veut pas dire dépendants. La garantie en effet, correspond à une exigence essentielle du bénéficiaire, maître d'ouvrage ou acheteur étranger ... La banquier accorde sa garantie dans la perspective d'un marché à conclure entre son client, le donneur d'ordre et le bénéficiaire ... Contrat de base et de garantie constituent un groupe de contrats qui ensemble ont pour fin l'aboutissement de l'opération commerciale projetée".*

284. La garantie automatique n'est donc pas un contrat abstrait, séparé des relations qui en sont l'origine,mais forme avec ces dernières un ensemble cohérent, <u>fonctionnel</u>, un *"groupe de contrats"* (515).

"L'analyse des garanties contractuelles souligne le difficile équilibre entre la reconnaissance des relations entre les divers rapports contractuels qui donnent naissance à ces garanties et le respect de l'autonomie de ces rapports qu'elles sont destinées à assurer. Le droit des obligations souffre particulièrement d'une conception des liens contractuels qui date d'une économie individualiste où les relations sont atomistiques et qui envisage les contrats comme des relations essentiellement bilatérales. L'extension aux autres parties qui peuvent

intervenir dans la transaction économique ne peut se faire que par le tissage de différents liens qui sont eux-mêmes bilatéraux. Ces conceptions, dans une économie où les relations économiques sont moléculaires, s'adaptent mal car elles ont tendance à négliger ou à amplifier les interactions"(516).

285. La théorie de la cause (517) interdit de concevoir l'opération tripartite comme une construction de plusieurs contrats maintenus séparés. En ce sens, elle s'oppose à la théorie de l'acte abstrait. Elle insiste par contre, sur le fait que la délivrance de la garantie automatique correspond à la transformation voulue de l'équilibre d'intérêts présent dans la convention de base. Celui qui sur base d'un contrat commercial international, demande l'émission d'une garantie automatique, voit sa relation avec son contractant immédiat transformée et s'engage dès lors à respecter ce nouvel équilibre des intérêts en présence. En d'autres termes, la théorie de la cause insiste sur l'adhésion intéressée de toutes les parties de l'opération triangulaire à la fonction de la garantie automatique.

Cette unité "téléologique" des différentes phases de l'opération tripartite permettra de comprendre les possibilités laissées au donneur d'ordre d'empêcher le paiement de la garantie et les limites de ces possibilités.

Article 2: Les conséquences de la cause de la garantie automatique.

286. Les auteurs et la jurisprudence tirent, de leur analyse causaliste, trois conséquences:

1. La théorie de la cause leur permet de valider le type de contrat;

2. La définition de la cause non seulement n'interdit pas, mais explique l'abstraction de la garantie;

3. La définition de la cause de la garantie permet de comprendre certaines limites de l'abstraction de la garantie automatique.

§1. La cause de la garantie automatique et sa validité

287. En droit français, la validité de la garantie automatique s'appuie principalement sinon exclusivement sur sa nature causale. En cela, la doctrine française rejoint la doctrine italienne (518).

On retrouve invariablement chez les auteurs français le même raisonnement: *"En droit français, l'article 1134 du code civil selon lequel "les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", laisse aux parties la plus grande liberté d'action dès lors que sont respectées les règles relatives au droit des obligations, notamment ... celles qui résultent des dispositions de l'article 1131: "l'obligation sans cause, sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet""*(519). La nécessité de la présence d'une cause exclut, notent Gavalda et Stoufflet, toute analyse de la garantie comme acte abstrait (520). La reconnaissance de la cause spécifique de l'engagement du garant déclenche l'application de l'acte 1134 de code civil et autorise la doctrine à voir dans la garantie automatique une forme "sui generis" (521) de

sûreté personnelle caractérisée par l'indépendance de l'engagement du garant par rapport à l'existence de l'obligation du donneur d'ordre.

288. Après avoir affirmé l'application du principe de l'autonomie de la volonté, certains auteurs repoussent une objection: peut-on, en matière de sûreté personnelle, écarter le caractère accessoire qui est le propre du cautionnement? Leur réponse se fonde en partie sur le précédent du porte-fort, garantie de la naissance d'une obligation (522), mais, plus fondamentalement, sur le fait que *"le principe de l'accessoriété"*, s'il est un *"élément essentiel du cautionnement, n'est pas d'ordre public. Il ne répond à aucune norme de portée générale qui imposerait d'en étendre l'autorité à d'autres figures juridiques"*(523). *"Les parties, le garant peuvent conventionnellement l'écarter"*.(524) Le caractère non accessoire de la garantie automatique n'équivaut pas à la négation de son appartenance à la catégorie des sûretés personnelles. En effet, notent Gavalda et Stoufflet (525), la garantie, quoique non accessoire, reste subsidiaire *"dans la mesure où elle se réfère à une opération économique dont elle vise à assurer la bonne fin"*. L'opposition marquée par Gavalda et Stoufflet entre le *"principe de subsidiarité"* et le *"principe d'accessoriété"* amène à conclure que l'essence de la notion de sûreté personnelle réside dans son caractère accessoire, la subsidiarité n'impliquant pas de soi l'accessoriété (526).

289. Remarquons enfin que la définition française de la cause de la garantie exprime ou traduit cette subsidiarité. En effet, on parle tantôt de cause matérielle, désignant par là l'opération de base à laquelle se réfère la constitution de la garantie; tantôt on parle de cause-fonction pour exprimer cette référence à l'opération de base. Dans les deux hypothèses, la théorie de la cause

met en évidence le lien de subordination de la garantie même automatique à un "marché" global, opération principale complexe.

§2. La cause de la garantie automatique et son abstraction.

290. La dichotomie, cautionnement, contrat causé - garantie, contrat ou acte abstrait, permettait aux doctrines germaniques (527) et, dans une moindre mesure, à la doctrine belge (528), d'appuyer la distinction entre le cautionnement accessoire et la garantie non accessoire. Si la doctrine française nie l'existence d'une différence de nature entre cautionnement et garantie automatique, tous deux causés (529), elle ne les confond pas pour autant : *"Il convient*, remarque Vasseur (530), *de se garder de lier la question du caractère causal ou non de l'engagement du garant au caractère accessoire ou non de cet engagement par rapport au contrat de base. Ce serait là mêler les choses et semer la confusion. L'engagement du garant peut avoir un caractère causal non abstrait et être en même temps un engagement non accessoire, indépendant du contrat de base"..."La caution est en effet, un engagement accessoire, alors que la garantie s'efforce d'être un engagement à titre principal"*(531).

En effet, la détermination de la cause de la garantie automatique justifie son "indépendance" que nul auteur français ne rejette. Si la cause juridique de l'engagement du garant, estime Dubisson (532), *"réside dans la seule signature du contrat principal et non pas* (comme dans le cautionnement)(+),*dans son exécution ou inexécution, le lien entre la garantie et l'existence d'un contrat demeure, mais il n'y a plus* (comme dans le cautionnement)(+), *aucun lien entre la ga-*

(+) Nous ajoutons.

rantie et les obligations que ce contrat met à la charge de l'exportateur". En d'autres termes, si la cause de la garantie est l'existence d'un contrat ou, plus largement, la réalité d'un marché (533) voire d'une étape du marché(534) indépendamment de sa validité et de ses conséquences juridiques , la garantie est causée même si un vice affecte la naissance des obligations ou si une faute du bénéficiaire entraîne leur extinction. Ainsi, pour nuancer l'expression de Dubisson, ce n'est pas avec les obligations ni même avec le contrat, notion trop étroitement juridique encore, mais avec le"marché global", l'ensemble des prestations ou une partie de cet ensemble de prestations attendues du donneur d'ordre,notions purement économiques (535),que se crée le lien lorsque le garant délivre la garantie automatique réclamée par le bénéficiaire.

§3. La cause de la garantie automatique et les limites de son abstraction.

291. *"La reconnaissance du caractère causal de l'engagement du garant n'est pas sans conséquences*, estime Vasseur (536), *...elle va dans le sens de l'intérêt des exportations; elle est de nature, le cas échéant, à limiter la portée de l'engagement du garant".*

Que la considération de la cause matérielle permette de limiter l'abstraction de la garantie n'est nié par aucun auteur, mais chacun fixe différemment la portée de la cause. Alors que certaine jurisprudence, à la suite de Gavalda et Stoufflet, semble étendre les limites de l'abstraction en invoquant la théorie de la cause, d'autres la restreignent,les argumentations respectives se fondant sur les *"obscurités"*(537) de la notion de cause.

Nous distinguerons le rôle de la cause à la conclusion du contrat de garantie et à son exécution.

A. Le rôle de la cause à la conclusion du contrat de garantie.

292. Le rôle de la cause à la conclusion du contrat de garantie est multiple. La doctrine française évoque principalement à ce propos l'absence de cause, l'erreur sur la cause et la cause illicite. Le contenu de notion de cause illicite a déjà été étudié: l'illicéité de l'opération garantie rend nulle la garantie. Les deux autres notions constituent des hypothèses d'école.

Dans la première hypothèse, celle de l'absence de cause, on suppose l'inexistence de tout marché et dès lors, par défaut de cause catégorique, l'impossibilité a priori de réaliser le but du contrat de garantie (538). Cette hypothèse recouvre celle de la doctrine allemande: la garantie est donnée à propos d'une opération simulée (Scheingeschäft) par laquellle les parties cherchent simplement à effectuer un transfert de fonds sans se référer à un marché réel (539).

La seconde hypothèse dite d'erreur sur la cause est retenue par Gavalda et Stoufflet (540). Elle est concevable, au moins en théorie. Le garant se serait mépris sur le contenu des relations entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le marché conclu serait en fait d'une ampleur supérieure à celle à laquelle le banquier croyait. Celuî-ci assumerait, dans ce cas, un risque supplémentaire. L'hypothèse est rare: en effet, le banquier est souvent associé à la négociation des opérations commerciales internationales pour lesquelles des garanties doivent être délivrées. En outre, s'il y a erreur, il faut qu'elle remplisse la triple condition (541) d'être déterminante, excusable (542) et commune (543) et qu'elle entraîne l'annulation du contrat.

B. Le rôle de la cause dans l'exécution du contrat de garantie.

293. Rappelons l'arrêt de la cour d'appel de Paris, du 14 novembre 1978 (544). à propos d'un appel à la garantie, les défauts d'exécution, fondement de l'appel, concernant un marché autre que celui garanti. Le commentateur y avait vu un cas de fraude, d'appel manifestement abusif. Le développement de la théorie de la cause de la garantie automatique l'amena, par la suite, à justifier le refus de paiement non plus sur base de l'exception de mauvaise foi, mais sur base de l'exception d'absence de cause : *"Même fournie à première demande, la garantie est donnée à propos d'une obligation principale contractée par une personne déterminée. Cette garantie ne peut être invoquée - et il ne s'agit là que d'aspects particuliers de la notion de cause - par le bénéficiaire qu'au titre de l'obligation et de la personne visée par la garantie".* (545)

294. Une autre conséquence de la théorie de la cause est plus importante. Selon Gavalda et Stoufflet (546), *"l'annulation ou la résolution du marché conclu libéreraient le garant".* L'affirmation est directement fondée sur la nature causale de la garantie. Si la cause de la garantie est l'existence d'un marché, la disparition de celui-ci, par annulation, résolution ou résiliation doit entraîner extinction de la garantie par disparition de la cause.

295. A trois reprises, la jurisprudence la plus récente a retenu ce raisonnement: 1. Une première ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 24 mars 1981 (547) affirme, obiter dicto,qu'*"on ne peut, quant à présent, dire que les engagements seraient entachés de nullité pour absence de cause, le marché étant toujours en cours".*

2. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 janvier 1981 (548), quoique

l'ayant écarté en l'espèce, a toutefois retenu la valeur de l'argument suivant: *"Considérant que, sans doute, l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie dont il constitue en effet la cause; que cependant sa prétendue nullité ne peut produire effet avant d'avoir été prononcée par la juridiction saisie"*. Cet attendu apporte un sérieux correctif à l'affirmation reproduite ci-dessus de Gavalda et Stoufflet: le banquier ne peut refuser ou se voir interdire le réglement de la garantie pour disparition de la cause que lorsqu'il existe une certitude -hypothèse rare- que l'opération garantie est nulle ou a disparu (549). Admettre l'exception de façon plus large entraînerait *"la ruine de l'institution"*(550).

3. La seconde ordonnance du tribunal de commerce de Paris du 24 mars 1981 (551) est plus catégorique . Après avoir constaté l'exécution du marché par le donneur d'ordre et sa résiliation par le maître d'ouvrage, le juge accueille la demande du donneur d'ordre d'interdire le paiement. *"Bien que ces garanties soient des actes juridiques distincts des marchés auxquels elle se réfèrent ... ;il n' est pas douteux qu'elles sont destinées à garantir à l'acquéreur (le maître d'oeuvre) l'exécution des engagements du fournisseur; que s'il est acquis que ces engagements ont été remplis, la cause du contrat de garantie a disparu et que ce contrat de garantie se trouve ainsi annulé*. Les termes de la motivation de l' ordonnance sont critiqués par l'annotateur : *"Le rôle de la cause ne peut aller au delà de la formation du contrat à peine de ruiner toute sécurité contractuelle"*. (552).

Ces observations illustrent le propos de Ghestin (553): ..."*L'utilisation que fait la pratique française de la notion de cause conduit à douter de sa valeur. L'obscurité de cette notion, la diversité de ses définitions selon la fonction qu'elle est appelée à remplir en font la providence des plaideurs, et parfois des juges, en peine d'arguments juridiques*".

CONCLUSIONS DE LA SECTION 3.

296. 1. Le droit français considère la garantie automatique comme un contrat causé.

2. La définition de la cause de la garantie automatique est double: d'une part, elle est présentée comme l'adhésion du banquier garant à la cause-fonction de la garantie automatique; d'autre part, elle est analysée comme la cause matérielle objective de son engagement, à savoir la réalité d'un marché ou d'une partie du marché. La relation entre ces deux conceptions de la cause est évidente en droit français.

3. La thèse de la nature causale de la garantie automatique s'appuie sur la considération de l'unité téléologique de l'opération triangulaire.

4. La nature causale de la garantie automatique permet non seulement de valider cette institution en vertu du principe de la liberté contractuelle, mais justifie et l'abstraction de la garantie et les limites de cette abstraction.

5. L'analyse de ces limites met en relief les obscurités de la notion de cause.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE II ET DU TITRE II

297. . Dans les deux droits nés du Code Napoléon, l'analyse juridique de la garantie automatique est fondamentalement divergente. La thèse belge de l'acte unilatéral abstrait accentue l'autonomie de la garantie par rapport aux relations qui en sont l'origine. La thèse française de la nature causale du contrat de garantie souligne au contraire l'appartenance de ce contrat à un complexe de contrats et privilégie les liens existant entre les différentes relations multilatérales, triangulaires ou quadrangulaires.

298. Ces deux analyses représentent les pôles extrêmes des tendances constatées dans les autres droits. L'analyse belge proclame l'autosuffisance de la garantie automatique et, à la limite, refuse toute considération des relations de base. Ainsi, dans cette optique, la fraude du bénéficiaire devrait être prise en considération restrictivement et seulement lorsqu'elle est connue du banquier. L'analyse française retient une approche fonctionnelle de la garantie automatique fondée en particulier sur l'équilibre contractuel mis en place entre les parties à l'opération commerciale. Par conséquent, le juge accueillera les exceptions tirées de la relation de base et examinera dans quelle mesure l'appel à la garantie ou, à l'inverse, la demande d'interdiction de paiement émanant du donneur d'ordre contredit l'équilibre contractuel visé. Si cette seconde approche privilégie les intérêts du donneur d'ordre, elle risque de mettre en difficulté le banquier qui, en aucune manière, ne se veut ni le juge, ni l'arbitre des parties à l'opération commerciale de base.

299. L'analyse économique de l'apparition de la garantie automatique dans le commerce à la grande exportation proposée au titre I confirme le bien-fondé de l'approche française . Au terme du titre II, il convient de reprendre les éléments de notre analyse de droit comparé qui la corroborent.

Il faut retenir, en premier lieu, les insuffisances de la théorie de l'acte abstrait du droit allemand et du droit belge. Il importe ensuite de souligner le fait que tous les droits se réfèrent avec une égale insistance à la fonction de la garantie automatique tant pour affirmer son originalité et sa validité que pour expliquer son abstraction et le degré de celle-ci. Certains droits - les droits allemand et italien en particulier - déterminent cette fonction par les risques pris en charge, risques relatifs à l'opération commerciale internationale. Ainsi, si la fonction de la garantie automatique s'appuie sur le partage des risques acceptés par les parties à la relation économique de base, certains auteurs notent que la délivrance de la garantie a une incidence sur cette relation dans la mesure où elle équivaut pour le donneur d'ordre de la garantie vis-à-vis du bénéficiaire à une véritable clause "solve et repete".

Enfin, on signalera que, à quelques exceptions près, les juridictions de tous les pays se sont réservé, en cas de demande d'interdiction de paiement, le droit d'examiner les conséquences de l'appel à la garantie sur l'équilibre contractuel mis en place dans l'opération économique de base.

Si l'étude juridique de droit comparé semble renforcer l'analyse économique proposée, il reste à en affiner la présentation et à en préciser les conséquences. Tel est l'objet du titre III.

TITRE III :

LES LIMITES À L'ABSTRACTION DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE ET LA POSSIBILITE POUR LE DONNEUR D'ORDRE D'EN EMPÊCHER LE PAIEMENT.

INTRODUCTION

300. L'introduction générale faisait état des craintes suscitées dans le milieu des exportateurs par l'automaticité des garanties. Le titre II montrait les premières réponses insatisfaisantes malgré tout. En effet, certaines obscurités de la notion de cause empêchent de lui assigner un rôle précis tant à la naissance que dans l'exécution du contrat de garantie. Si l'affirmation de la doctrine française, selon laquelle la reconnaissance de la nature causale de la garantie automatique n'est pas neutre ,va dans le sens des intérêts du donneur d'ordre, on discerne encore mal sa portée.

Il importe donc de réserver une part notable du chapitre I du présent titre à la mise au point de la notion théorique de cause. Dans la mesure où cette étude de la cause permet de mieux comprendre la portée du principe de la bonne foi, -lle permet d'aborder la solution de certaines questions pratiques restées en suspens ou n'ayant pas encore reçu de réponses définitives et unanimes dans les différents droits étudiés. Ainsi, dans quelles hypothèses le banquier garant ou contre-garant peut-il ou doit-il refuser le paiement de la garantie? Peut-il être tenu responsable d'un paiement lorsqu'il n'existait pas de droit au paiement dans le chef du bénéficiaire?

301. Tous les droits affirment la possibilité pour le donneur d'ordre d'interdire le paiement par des mesures provisoires, mais les limites de cette faculté sont mal définies et nul auteur n'a encore examiné si, en dehors des hypothèses

de refus légitime du banquier, il existait pour le donneur d'ordre un véritable droit d'interdire le paiement. A ce propos d'ailleurs, le droit comparé soulève nombre d'autres questions qui ont toutes été relevées. Il convient à présent d'y répondre. Tel est l'objet du second chapitre.

CHAPITRE I :

LA CAUSE DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE ET LES LIMITES DE SON ABSTRACTION

302. L'analyse de la cause de la garantie automatique en droit italien induit deux conceptions distinctes de la cause: celle de la cause-fonction et celle de la cause matérielle (1).Cette distinction synthétise les différentes définitions de la cause en droit français (2). Quant au lien entre ces deux formes de la cause (3), la cause-fonction postule la présence nécessaire de la cause matérielle lors de la conclusion du contrat. Si la notion de cause matérielle de la garantie automatique n'est développée que dans les deux droits cités, celle de la cause-fonction est également présente dans les autres droits: le droit anglais définit la "consideration" de l'engagement du banquier comme son adhésion à la fonction d'un mécanisme répondant aux nécessités du commerce international (4). Du côté allemand, Kübler en particulier conçoit la cause comme fonction en assignant à la garantie automatique la fonction convenue de prémunir le bénéficiaire contre les risques "atypiques" liés à l'exécution d'une opération du commerce international (5). En dehors de cette conception de la cause défendue par une doctrine minoritaire, on doit souligner la référence constante des droits germaniques au "Sinn und Zweck" de la garantie automatique pour justifier son degré d'abstraction (6).

Si la notion de cause conçue comme fonction est omniprésente (7) dans les

différents droits étudiés, il reste à fixer sa définition et son rôle et à répondre ainsi aux objections fondées sur l'insécurité et l'obscurité de la notion.

SECTION I : LA DEFINITION DE LA CAUSE

303. Avant de définir strictement la cause de la garantie automatique , il convient d'abord de donner les raisons pour lesquelles une notion qui relève principalement mais non exclusivement de la conception de la cause-fonction, est retenue au départ. Il convient ensuite de déterminer la cause de chaque type de garantie et de réexaminer brièvement la valeur de l'approche dichotomique selon laquelle le cautionnement est accessoire, la garantie non accessoire.

Article 1: La cause conçue principalement comme cause-fonction.

304. La théorie de la cause-fonction (8) est apparue comme une réponse aux lacunes tant de la théorie subjectiviste que de la théorie objectiviste de la cause.

La théorie subjectiviste définit la cause comme *"l'ensemble des motifs et mobiles entrés dans le champ contractuel"*(9) mais ne peut expliquer quels motifs entrent ou n'entrent pas dans le champ contractuel ni surtout pourquoi ils y entrent ou en sont exclus (10).

L'analyse du contrat comme une rencontre de volontés réunies autour d'une fonction contractuelle explique les raisons et les limites de la prise en considération des motifs. Pour réaliser leurs objectifs complémentaires, distincts, voire contradictoires, les parties conviennent du type contractuel dont la fonction est la plus appropriée à l'obtention de ces prévisions (11). Cette fonction

est fondée sur un équilibre d'intérêts complexes (12) et met en place une structure (13) garantissant le respect de cet équilibre (14). Les deux contractants ne doivent pouvoir compter sur la réalisation de leurs prévisions particulières (15) que dans la mesure où leur prise en considération est compatible avec l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention. Pour prendre un exemple tiré d'une convention de garantie automatique, la possibilité pour le banquier garant de percevoir des commissions du donneur d'ordre, motif particulier au banquier (16), n'entre pas dans le champ contractuel (17). En effet, sa prise en considération contreviendrait à l'équilibre d'intérêts propre à la fonction de la garantie automatique.

305. La théorie objectiviste développée par Boyer et Maury (18) définit la cause comme l'ensemble des conditions de possibilité à tel type de contrat, ce que Maury appelle l'"équivalent voulu" (19).

De nouveau, seule l'analyse de la fonction contractuelle permet de définir les conditions de possibilité nécessaires à tel type de convention. En effet, *"si la volonté précise la qualité de l'équivalent: qualité générale objective et, ainsi, la nature et la portée du contrat"*(20), la volonté ne peut le faire que dans la mesure où elle a en vue une fonction contractuelle dont la possibilité de réalisation implique certaines qualités particulières de l'équivalent. Ainsi, la possibilité de réalisation de la fonction contractuelle spécifique à la garantie automatique d'exécution implique non l'existence d'un contrat valide puisque cette garantie prend également en charge les risques d'invalidité du contrat garanti, mais seulement la réalité d'un véritable marché, c'est à dire d'une opération commerciale ou financière (21).

306. La cause-fonction éclaire donc la théorie de la cause objective, mais celle-ci, à son tour, apporte à la conception de la cause conçue uniquement comme cause-

fonction une précision importante. Si la cause-fonction est en effet indispensable pour comprendre et délimiter la prévision des parties, celle-ci n'a cependant de fondement réel que dans la mesure où elle renvoie à la présence d'une cause matérielle, c'est-à-dire à une possibilité effective de réalisation. D'emblée, il faut donc retenir comme cause de la convention et des obligations qui en naissent, ce "lien" (22) entre, d'une part, la cause-fonction présente dans la volonté des parties et, d'autre part, la cause matérielle nécessaire à la réalisation de leurs prévisions. Cette définition de la cause rejoint les définitions synthétiques de la cause élaborées par une doctrine française récente, en particulier par Hébraud (23) et Hauser (24). C'est cette définition qui va être appliquée aux différents types de garanties.

Article 2: La cause-fonction des différents types de garantie bancaire automatique délivrés dans le commerce international à la grande exportation.

307. La plupart des auteurs qui étudient le contrat de garantie automatique comme un contrat causé distinguent rarement les différents types de garanties (25). Sous réserve de nuances, la cause de la garantie bancaire automatique délivrée dans le commerce international est conçue de façon unitaire comme la garantie d'un marché commercial international déterminé contre l'ensemble des risques typiques et a-typiques liés à son déroulement (26).

Notre conception de la cause définie principalement comme fonction impose certaines distinctions. Pour nous, la fonction des différents types de garantie peut différer: ainsi, la fonction de la garantie de soumission n'est pas la même que celle des garanties qui interviennent aux différentes étapes de l'exécution

du contrat. En outre, parmi celles-ci, il faut encore distinguer la fonction des garanties de restitution et de retenue d'acompte de celle des autres garanties. Cette constatation entraîne des conséquences auxquelles il y aura lieu de revenir.

Les paragraphes qui suivent traiteront:

1. de la fonction des garanties d'exécution: garantie d'exécution au sens strict et garantie de maintenance;
2. de la spécificité des fonctions de la garantie de soumission;
3. de la fonction de la garantie de restitution d'acompte et de la garantie de retenue.

§1. La cause fonction de la garantie d'exécution.

A. Remarques générales.

308. L'étude de l'apparition de la garantie automatique dans le commerce international a conduit à la conclusion suivante (28): la garantie d'exécution a pour but de garantir le bénéficiaire contre l'ensemble des risques juridictionnels liés à l'exécution d'une obligation de comportement quant au résultat global du marché. Il convient de rappeler (29) la signification de cette obligation de comportement dans les opérations de grande exportation. Par le contrat qu'il conclut avec le bénéficiaire de la garantie, le donneur d'ordre accepte la responsabilité globale de l'exécution de l'entreprise. Il souscrit en outre au devoir de continuer sa collaboration, nonobstant la survenance de cas d'imprévision ou de force majeure (30). La garantie automatique délivrée par un tiers rassure le bénéficiaire sur l'accomplissement de ce devoir en le débarassant de tout risque juridictionnel (31). De ce fait, le bénéficiaire n'a pas à prouver contre le donneur d'ordre un quelconque défaut d'exécution de son obligation de comportement.

309. Parmi les risques couverts par la garantie automatique délivrée dans les opérations de grande exportation, il faut mentionner à coup sûr les risques d'incapacité financière ou technique du donneur d'ordre, les risques de faute de tiers, c'est-à-dire des entreprises travaillant sous la direction de l'ensemblier. Quant aux risques d'imprévision ou de force majeure - que leur origine soit catastrophique ou politique - la garantie les couvre dans la mesure où leur survenance n'empêche pas la continuation du marché (32). Enfin, de par le caractère automatique de la garantie, le bénéficiaire ne doit prouver ni l'arrivée du risque couvert ni l'étendue du dommage subi.

B. Les deux types de garantie d'exécution - Leurs causes-fonction.

310. La garantie d'exécution, c'est-à-dire d'accomplissement du marché, peut se diviser suivant les étapes de celui-ci en deux types:

1. La garantie d'exécution au sens strict qui s'étend de la signature du contrat à la réception provisoire. Elle a pour fonction de couvrir la responsabilité globale du donneur d'ordre et de le maintenir sur le chantier jusqu'à la mise en état de marche de l'installation industrielle ou jusqu'à la réception provisoire des travaux de génie civil.

2. La garantie de maintenance couvre la période qui suit la réception provisoire, voire ne prend cours qu'après la réception définitive. Elle est le prolongement de la garantie d'exécution et confère au bénéficiaire un moyen de pression efficace sur le donneur d'ordre pour maintenir en bon état de fonctionnement l'installation fournie ou le chantier achevé.

Dans les deux cas, les risques couverts sont identiques. Des précisions sont toutefois nécessaires pour d'autres types de garantie.

§2. La garantie de soumission - Sa cause-fonction.

311. *"A l'occasion du dépôt d'une offre, une garantie de soumission peut être remise, que la soumission soit ou non déposée consécutivement à un appel d'offres"* (33). Comme nous l'avons signalé (34), la fonction de la garantie de soumission n'est pas uniquement de rassurer le bénéficiaire quant au sérieux du donneur d'ordre, mais également de le couvrir contre le risque d'un défaut de collaboration de celui-ci à la négociation des termes du marché, lesquels peuvent s'éloigner *"assez sensiblement"* (34) des termes de la soumission ou de l'offre originaire. Ce risque couvert, il n'en va pas de même pour les risques d'imprévision et de force majeure dont la soumission initiale n'a pu tenir compte. On connaît (35) les raisons impérieuses des pays importateurs - en général pays en développement - d'obtenir l'achèvement du chantier lorsque celui-ci a été ouvert. Ces raisons n'existent pas au stade des simples pourparlers. Par conséquent, la garantie de soumission ne semble pas devoir couvrir ces risques (imprévison et force majeure), sauf s'il appert que le bénéficiaire et le donneur d'ordre se sont mis d'accord sur leur prise en charge soit dès le départ, par le texte même de la clause de garantie automatique, soit à leur survenance. Il existe donc une différence importante entre la garantie de soumission et les garanties d'exécution (36). Normalement, la première ne prend pas en charge les risques d'imprévision et de force majeure; par contre, les secondes les couvrent dans la mesure où leur survenance n'entraîne pas la rupture du marché, c'est-à-dire l'impossibilité définitive de poursuivre la collaboration.

§3. Les garanties de restitution d'acomptes et de retenue - Leurs causes - fonction.

312. Le paiement d'un acompte ou la renonciation du maître d'oeuvre à retenir une partie du prix sur chaque prestation du donneur d'ordre représentent, pour celui-ci,des avances (37) sur le paiement total. En cas de rupture du marché, pour quelque cause que ce soit, hormis la rupture dûe à la faute du bénéficiaire de la garantie, le remboursement de ces avances est obligatoire. A l'inverse des garanties de soumission, les garanties de retenue et de restitution d'acomptes couvrent les risques d'imprévision et de force majeure même lorsque leur survenance exclut définitivement la collaboration des deux parties à la réalisation du marché.

313. Finalement, les différents types de garantie se rapprochent et divergent: ils ont en commun la couverture de la responsabilité globale de l'ensemblier et de ses capacités techniques et financières; ils débarassent également le bénéficiaire des risques juridictionnels. Par contre, ils divergent en fonction de la prise en charge des risques d'imprévision et de force majeure: la garantie de soumission les exclut; les garanties d'exécution les couvrent dans la mesure où ils n'excluent pas définitivement et certainement toute réalisation du marché; les garanties de retenue et de restitution d'acomptes les prennent en charge intégralement.

Article 3: La valeur du critère de l'accessoriété.

314. La doctrine italienne (38) et la doctrine allemande (39) soulignent la multiplicité des types de sûretés personnelles. Elle s'explique par la variété des risques liés à l'opération garantie et à couvrir. Entre le cautionnement simple qui ne couvre que l'incapacité technique ou de paiement, dûment constatée, et de la garantie automatique, existent de nombreuses formes de sûretés personnelles telles que la caution qui renonce à la seule exception de transaction, la "caution" d'un incapable, etc (40). La frontière entre sûreté personnelle accessoire et non accessoire est donc difficile à tracer.

Ainsi, l'appellation "garantie principale" - par opposition au "cautionnement accessoire" - souvent appliquée à la garantie automatique (41), ne peut avoir qu'une valeur relative et renvoie à l'analyse précise des risques couverts par chacune des institutions: la distinction entre la nature des deux formes de sûretés personnelles n'est pas aussi profonde qu'on l'a affirmé. Le passage du cautionnement à la garantie automatique s'explique moins par une modification importante de la notion de sûreté personnelle autrefois conçue comme accessoire que par une transformation nette des obligations à garantir. Il n'y a aucune commune mesure entre l'obligation déterminée dans le temps et dans son contenu envisagée en 1804(42) comme support du cautionnement, et l'obligation née dans le chef de l'ensemblier à la suite d'un contrat international, complexe, "évolutif" et marqué par la nécessité d'atteindre un résultat (43).

C'est cette transformation de l'obligation couverte qui explique principalement le passage du cautionnement à la garantie automatique et l'approche dichotomique, accentuant l'opposition entre le cautionnement accessoire et la garantie principale, obscurcit cette réalité.

SECTION II: LES CONSEQUENCES DE L'ANALYSE DE LA CAUSE.

315. L'article premier de la présente section traite de la validité et de l'originalité de la garantie automatique. Les droits étrangers attribuent en effet des rôles différents à la cause de la garantie automatique. Dans le raisonnement juridique français (44) et italien (45), la cause permet d'affirmer la validité de cette institution . En droit italien en particulier, elle souligne l'originalité de la garantie automatique par rapport aux autres formes de sûretés personnelles.

Le deuxième article reprend brièvement le sens des notions d'absence de cause et d'erreur sur la cause. La cause-fonction renvoie -rappellons-le (46)- à la nécessité de la présence d'une cause matérielle à la conclusion du contrat. Cette cause matérielle ou "catégorique" (47) permet de préciser (48) ces deux notions.

Le troisième article présente le rôle de la cause après la conclusion du contrat. L'accent y est mis sur la signification et sur l'importance du principe d'exécution de bonne foi, les parties au contrat de garantie automatique s'étant engagées à maintenir l'équilibre d'intérêts mis en place par l'opération. Le principe permettra de comprendre les limites strictes imposées au droit du banquier de refuser le paiement.

Article 1.: La validité et l'originalité de la garantie automatique.

§1. La cause-fonction de la garantie bancaire automatique et la validité de cette institution.

316. L'article 1322, alinéa 2 du code civil italien attribue à la cause un rôle décisif dans l'exercice de la liberté contractuelle (49): "*Les parties peuvent également conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types ayant une réglementation particulière, dans la mesure où ils sont destinés à réaliser des*

intérêts dignes de protection selon l'ordre juridique". En droit italien, la légitimité d'un contrat innommé est fondée sur sa cause-fonction, c'est-à-dire sur l'équilibre des intérêts qu'il met en place (50). De même, la doctrine française met en évidence la nécessité de la cause comme condition d'application du principe de l'autonomie de la volonté de l'article 1134 (51) lors de sa reconnaissance de la garantie automatique.

317. L'article 1134 prévoit que *"seules les conventions légalement formées ont force de loi entre parties"*: il affirme la liberté du contenu du contrat, sauf s'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (52). De ce principe, De Page donne l'interprétation suivante: *"Les parties contractantes font librement et sans que la loi intervienne, les conventions qu'elles veulent. Elles ne sont liées par les règles du code, ni quant aux genres de contrat, ni quant aux règles propres à chaque contrat particulier. Elles arrêtent elles-mêmes la structure interne de leur engagement; elles en règlent souverainement la matière et l'équilibre, quant aux prestations et contre-prestations qui détermineront la mesure dans laquelle l'échange de richesses s'effectuera. En un mot, elles créent elles-mêmes leur régime contractuel et elles le créent comme elles l'entendent, comme leurs intérêts l'exigent ... Au principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, il n'y a que deux exceptions - ou plutôt des limitations: l'ordre public et les bonnes moeurs"* (53).

318. La question de la validité de la garantie automatique est donc liée à l'existence et à la légitimité de sa cause-fonction, c'est-à-dire de l'équilibre d'intérêts et d'"échange de richesses" que ce contrat met en place. Il s'agit finalement de savoir si la délivrance de la garantie automatique correspond à la réalisation et à la protection d'intérêts légitimes (54).

L'un des griefs adressé par les praticiens et certains auteurs à la validité de la garantie automatique est qu'elle livre, au moins dans un premier temps, le donneur d'ordre au pouvoir quasi discrétionnaire du bénéficiaire. Certes, il reste au donneur d'ordre la possibilité de se retourner par la suite contre le bénéficiaire et de faire la preuve d'une parfaite exécution des obligations contractuelles, mais, dans le commerce international, ce recours peut être difficile (55).

Pour répondre à ces objections, il faut distinguer les garanties automatiques délivrées au profit d'administrations publiques et les autres hypothèses.

319. La légitimité des garanties automatiques délivrées en faveur d'administrations étatiques ou para-étatiques nationales ou étrangères est patente. La délivrance des garanties "automatiques" en leur faveur correspond au privilège du préalable de ces administrations. Le privilège de saisie d'office de la garantie, qu'elle soit constituée sous forme de sûreté réelle ou personnelle - historiquement (56) les sûretés personnelles ("cautionnement") ont progressivement remplacé les sûretés réelles (dépôt en numéraire ou en titres, "cautionnements" faits auprès des administrations) - s'explique par le principe "solve et repete", applicable dans la plupart des relations avec l'Etat. De nombreuses législations nationales sur les marchés publics (54), traduisent ce besoin légitime des administrations publiques: la plupart des "cautionnements" réglementaires (58) en faveur des administrations contiennent en effet la clause *"à première demande sans pouvoir opposer une exception quelconque"*.

En dehors de l'hypothèse fréquente de la garantie délivrée au profit d'une administration (59), comment l'émission d'une garantie automatique se justifie-t-elle? Nous reprenons ici les enseignements de l'analyse proposée au titre I. La fonction de la garantie automatique ne peut s'envisager en dehors de l'impact que

sa délivrance a dans la relation entre l'importateur et l'exportateur. Or, il appert que la délivrance de la garantie automatique correspond à un rééquilibrage légitime des intérêts des parties à l'opération commerciale de base(60).

En effet, si la garantie automatique entraîne une modification du partage des risques nés de l'opération commerciale de base, cette modification, premièrement, répond à la modification en sens inverse provoquée par la mise en place de techniques de paiement particulièrement contraignantes (61); secondement, elle traduit le *"souci dominant du client"* (le bénéficiaire de la garantie), souci légitime d'obtenir le résultat économique recherché (62).

La conclusion d'un contrat de garantie automatique correspond donc à un équilibre légitime d'intérêts. On ajoutera que *"la banque trouve dans l'étendue de son objet vocation et même mission d'aider à la réalisation d' opérations économiques de ce type"*. (63).

§2. La cause-fonction de la garantie automatique et l'originalité de cette institution.

320. La première tendance naturelle des juristes devant une institution juridique nouvelle est de ramener sa nature à celle d'une institution plus ancienne, reconnue en droit. A propos de la garantie automatique, les auteurs ont songé notamment à l'assurance-crédit, à la délégation-paiement, au crédit documentaire et à l'aval(64). La considération de la fonction propre à la garantie automatique exclut ces rapprochements.

La notion de risque, centre de la garantie, explique l'analogie avec le contrat d'assurance-crédit (65). A l'objection selon laquelle les contrats d'assurance-crédit se limitent le plus souvent aux seuls risques obligationnels (66), on ajoute celle, plus dirimante, selon laquelle la garantie automatique est une

sûreté personnelle à la différence du contrat d'assurance. L'objet d'une sûreté personnelle est de garantir une opération; les risques liés au déroulement de cette opération ne sont envisagés qu'indirectement. L'objet d'un contrat d'assurance est la couverture d'un risque; toute fausse déclaration, toute modification non signalée de ce risque entraîne d'office la résiliation du contrat (67). Cette considération n'exclut pas que des compagnies d'assurances puissent délivrer des sûretés personnelles et notamment des garanties automatiques dans le commerce international (68): il s'agit alors de véritables sûretés personnelles et non de contrats d'assurance.

L'analogie avec le crédit documentaire, forme particulière de délégation paiement, s'explique aisément. En effet, les deux institutions sont complémentaires (69) dans la plupart des opérations du commerce international et les risques couverts par ces techniques bancaires sont pratiquement les mêmes.(70) Cependant, la doctrine unanime souligne les fonctions différentes des deux institutions. Le banquier, apériteur ou confirmateur d'un crédit documentaire irrévocable, se substitue au donneur d'ordre pour le paiement de la prestation de ce dernier: son engagement est principal. Le garant, même automatique, n'intervient qu'à titre exceptionnel: son engagement est subsidiaire (71).

L'analogie avec l'aval (72) ne se heurte pas à la même objection fondamentale. Dans les deux cas, il y a certes sûreté personnelle, mais l'aval sert de garantie à un moyen de paiement aisément négociable: lettre de change ou chèque. A l'inverse, le bénéfice de la garantie est en principe intransmissible (73). Les règles de l'aval ne peuvent donc être transposées telles quelles aux garanties automatiques bancaires. Ainsi, la notion de mauvaise foi relative à l'aval ne peut se concevoir qu'au moment où le porteur accepte le titre. Par contre,

la mauvaise foi "évidente" du bénéficiaire de la garantie contractuelle affecte le plus souvent son comportement au moment de l'appel à la garantie et non à la conclusion du contrat (74).

Ainsi, la garantie automatique ne peut être rangée dans aucune catégorie juridique préexistante et représente un type "sui generis" (75) de sûreté personnelle.

Article 2: La cause matérielle de la garantie automatique: Le rôle de la cause à la conclusion du contrat.

§1. La notion de cause matérielle.

321. Capitant entame son étude de la cause par une citation de Schlossmann: *"Le moyen est subordonné au but. But et moyen, tous deux sont voulus ... mais ce dernier seulement en tant qu'il conduit au but; en tant qu'il n'y conduit pas, il n'est pas voulu ..."* (76). L'unité indispensable du but et du moyen signifie que la mise en place d'une structure (but) n'a de sens pour les parties au contrat, que dans la mesure où existent lors de sa conclusion les conditions de possibilité de sa réalisation (moyens). En d'autres termes, la volonté des parties unifie d'emblée la structure, la cause-fonction et les moyens a priori de sa réalisation, la cause matérielle. Cette unité profonde des deux sens du mot cause a été relevée tant en droit italien qu'en droit français (77).

322. Ainsi, les parties au contrat de garantie automatique n'entendent conclure le contrat que pour autant qu'il existe réellement une opération commerciale à garantir. Cette opération fonde ce contrat, dans la mesure où la réalisation de l'objectif poursuivi par les parties au contrat de garantie est conditionnée

par la réalité de cet élément objectif, matériel.(78). Néanmoins, la cause ne se confond pas purement et simplement (79) avec cet élément matériel, mais elle y renvoie nécessairement à tel point que l'absence de cet élément matériel constitue une absence de cause (80).

§2. La cause matérielle propre à chaque type de garantie automatique.

323. Il importe de distinguer les causes matérielles propres à chaque type de garantie automatique. En effet, la cause propre à chaque type vise une étape précise de la réalisation du marché.

La garantie de soumission ne couvre que la période allant de la soumission à la signature du contrat; elle ne s'étend pas au delà. Elle suppose donc l'existence effective d'une soumission.

De même, si on suit l'ordre temporel de l'émission des garanties, la garantie de restitution d'acomptes n'a de sens que s'il y a eu versement d'acomptes.

En ce qui concerne la cause matérielle de la garantie d'exécution, certains (81) l'ont identifiée au contrat garanti. Le terme "contrat", trop juridique, peut faire craindre qu'on dénie au bénéficiaire le droit au paiement de la garantie lorsque le contrat garanti est dès sa conclusion (82) juridiquement inexistant ou nul (83), de nullité relative ou de nullité absolue. L'inexistence ou la nullité du contrat peut provenir du défaut de réalisation d'une condition (84), d'un défaut de capacité d'un des signataires du contrat, de la découverte d'un vice de consentement, etc.

Dans la mesure où la garantie automatique couvre l'ensemble des risques juridictionnels et notamment ceux relatifs à la validité du contrat (85), sa cause matérielle ne peut être le contrat valide mais désigne ce que les auteurs

germaniques (86) et Portale (87) appellent le "Grundgeschäft". Ce terme allemand désigne l'opération de base, le marché commercial garanti, indépendamment de la validité de son support juridique et de l'efficacité de celui-ci. L'inexistence ou la nullité du contrat juridque ne signifie pas l'inexistence du marché économique même si la déclaration postérieure d'inexistence ou de nullité peut y mettre fin. La réalité du marché lors de la conclusion de la garantie automatique d'exécution est la cause matérielle nécessaire et suffisante au contrat de garantie automatique (88).

La garantie de retenue suppose le paiement réel de prestations relatives au marché en cours. Enfin, la garantie de maintenance n'a de sens que pour la période prenant cours après la réception des travaux.

A cette énumération, il convient d'ajouter un correctif.La réalisation d'un marché ne suppose pas toujours l'émission des cinq garanties présentées (89). Ainsi, une garantie d'exécution peut couvrir la période de maintenance; une garantie de restitution d'acomptes peut servir à la fois au remboursement des acomptes et à assurer la bonne exécution d'un marché. Cet élargissement toujours possible des fonctions de chaque type de garantie peut entraîner également l'élargissement de la cause matérielle de la garantie visée.

§3. Le rôle de la cause matérielle.

324. La considération de la cause matérielle intervient dans les cas d'absence de cause, de cause illicite et d'erreur sur la cause (90).

L'absence de cause(matérielle) de la garantie de restitution d'acomptes se déduira par exemple du fait que les acomptes dont la restitution est garantie

n'ont pas été versés par le bénéficiaire de la garantie. L'absence de cause de la garantie d'exécution existe lorsque le marché a été attribué à un tiers ou n'existe pas réellement. On rapprochera de cette dernière hypothèse le cas de la garantie émise pour une opération commerciale simulée (Scheingeschäft)(92), ainsi, par exemple, pour couvrir une exportation de devises (92).

L'erreur sur la cause suppose que le garant s'est trompé sur le contenu du marché garanti. La possibilité pour le garant d'invoquer l'erreur sur la cause est réduite. En effet, les conditions de la prise en considération de l'erreur (93) seront rarement remplies. L'erreur du garant, en l'occurrence, le banquier, est difficilement excusable (94) et la preuve du caractère déterminant et commun (95) de l'erreur devra, en tout cas, être acceptée par le tribunal.

La garantie automatique prend en charge l'ensemble des risques liés à la prestation dans les limites de l'ordre public international et de la loi à laquelle elle est soumise. Ainsi, certaines causes d'illicéité touchant à la prestation garantie excluent tout droit au paiement du bénéficiaire. (96)

Dans toutes ces hypothèses, et aux conditions requises (erreur sur la cause entre autres), le bénéficiaire de la garantie n'a pas droit au paiement; dès lors, tout paiement par la banque justifiera, de sa part, un recours a posteriori contre le bénéficiaire sur base de l'enrichissement sans cause .

325. Quoiqu'il en soit, au moment de l'appel à la garantie automatique et du fait même de son caractère inconditionnel, le garant est rarement sûr de l'absence de tout droit au paiement dans le chef du bénéficiaire, le plus souvent, il l'ignore complètement.

En supposant néanmoins qu'il soupçonne cette absence de droit, le garant

ne peut cependant pas refuser le paiement ni être, à l'égard de son client, responsable d'un paiement non causé. Ce déni se fonde sur le principe de l'exécution de bonne foi, lequel tout en consacrant de nouvelles limites à l'abstraction de la garantie, justifie également les cas exceptionnels où le garant peut et doit refuser le paiement.

Article 3: Le rôle indirect de la cause dans l'exécution du contrat de garantie automatique et le principe d'exécution de bonne foi: Le droit et l'obligation du garant de refuser le paiement.

§1. Le principe de la bonne foi dans l'exécution de la convention et le rôle de la cause après la formation du contrat.

326. L'article 1134, alinéa 3, énonce : *"Les conventions doivent être exécutées de bonne foi"* (97), texte qui proscrit tout acte qui irait à l'encontre du "sens et du but" de la convention(98). Les parties à un contrat mettent en place une structure commune d'action par laquelle elles visent la réalisation de leurs projets. Elles sont donc tenues, dans l'exécution de leur contrat, de respecter cette structure, cet équilibre convenu d'intérêts, et s'interdisent tout "venire contra factum proprium" (99). Telle est la signification du principe d'exécution de bonne foi.

Le lien existant entre ce princpe et la théorie de la cause est patent. Cassin le résume comme suit: *"Par la théorie de la cause, au delà de la cause"* (100). Si la cause de l'obligation est définie comme une prévision à réaliser, *"l'existence de la cause doit être appréciée lors de la formation d'un contrat"* (101). Il s'agit d'abord de vérifier si les deux parties ont exactement défini la fonction contractuelle adéquate pour réaliser leur prévision concrête

(cas de l'erreur sur l'identité de la cause formelle ou absence de cause formelle)(102), il s'agit ensuite de s'interroger si dès le départ les conditions de possibilité de réalisation existent, ou du moins, sont possibles (absence de cause matérielle), voire s'il n'y a pas erreur sur leur contenu (erreur sur la cause matérielle)(103).

Mais, l'incidence de la cause s'étend au-delà de la formation du contrat. En effet, la cause comme prévision renvoie infailliblement à la réalisation de la prévision (104). Tout au long de la phase de réalisation, les parties devront donc respecter l'équilibre d'intérêts autour duquel s'est noué le lien contractuel

§2. L'application du principe de bonne foi au contrat de garantie automatique.

327. L'application du principe de bonne foi explique les hypothèses limitées où le banquier peut ou doit refuser le paiement.

Le principe impose aux parties le respect de l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention selon le principe de bonne foi. Son application permet:
1. de préciser les cas où le bénéficiaire manque à son obligation de bonne foi;
2. de fixer les limites dans lesquelles le principe d'exécution de bonne foi maintient le droit du banquier de refuser le paiement.

Il faut souligner le fait que les deux hypothèses ne se recouvrent pas: en d'autres termes, le banquier ne peut pas refuser le paiement chaque fois qu'il y a demande de mauvaise foi de la part du bénéficiaire. Cette constatation annonce le chapitre suivant: lorsque le banquier ne peut refuser le paiement de la garantie pourtant appelée de mauvaise foi, le donneur d'ordre peut-il demander une interdiction de paiement?

A. La mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie.

328. Il y a mauvaise foi ou demande abusive du bénéficiaire (105) lorsque l'appel à la garantie n'est pas conforme à l'équilibre d'intérêts institué par la convention de garantie automatique et que le bénéficiaire le sait ou doit le savoir.(106). Les causes de chaque type de garantie qui fixent, dès la conclusion du contrat, l'équilibre d'intérêts à respecter lors de l'exécution,ont été décrites ci-dessus. Leur description permet d'envisager certaines hypothèses non exhaustives de demandes abusives et de rejeter d'autres hypothèses.

329. 1. Il y a appel abusif du bénéficiaire lorsque l'appel ne se fonde pas sur le marché garanti ou sur la partie du marché couverte par la garantie appelée. Ainsi, il y a abus de droit et mauvaise foi du bénéficiaire lorsqu'il appelle la garantie de soumission alors que le contrat a été signé et que les travaux ont débuté. De même, une garantie d'exécution au sens strict est appelée abusivement lorsque les travaux ont été réceptionnés définitivement.

2. Si la garantie automatique couvre la responsabilité globale de l'ensemblier pour ses propres faits et ceux de ses partenaires et sous-traitants, elle ne couvre pas la faute du maître d'oeuvre. Si celui-ci provoque fautivement la rupture du marché (107) ou, de façon plus générale, la non-arrivée du résultat (108), il ne peut réclamer le bénéfice de la garantie.

3. La réclamation de la garantie lors de la survenance d'un cas de force majeure ou d'imprévision n'est pas, de soi, constitutive d'abus. La garantie automatique d'exécution couvre en effet l'obligation du donneur d'ordre de poursuivre sa collaboration à la bonne fin du marché, nonobstant la survenance de tels événements (109). Ce n'est qu'exceptionnellement, lorsque cette imprévision

ou cette force majeure interdisent de toute évidence définitivement la poursuite du marché ou la reprise de négociations - et ce sans faute du donneur d'ordre - que l'appel du bénéficiaire peut être considéré comme abusif (110). En d'autres temps, l'appel à la garantie peut être considéré comme un moyen de forcer le donneur d'ordre de la garantie à renégocier ou à faire tout son possible pour reprendre le marché dans les meilleurs délais.

La solution ne vaut pas pour tous les types de garantie: la garantie de retenue et la garantie de restitution d'acomptes prennent en charge le risque de rupture du marché du au prolongement d'un cas de force majeure (111). L'appel à de telles garanties ne sera donc abusif que si le bénéficiaire agit avec précipitation sans attendre la vérification du caractère définitivement insurmontable de l'événement qualifié de force majeure.

4.La fonction de la garantie de restitution d'acomptes devrait obliger le bénéficiaire à tenir compte des travaux déjà effectués au moment de l'appel. Ainsi, le montant appelable de la garantie de restitution d'acomptes devrait diminuer au prorata de l'avancement des travaux (112). La réclamation de l'entièreté du montant de la garantie de restitution d'acomptes alors que le marché est presque achevé, est abusive (113).

5.La seule constatation d'un litige quant au montant réclamé par le bénéficiaire ou quant à la qualité des prestations fournies par le donneur d'ordre, un de ses associés ou un de ses sous-traitants ne suffit pas à démontrer la mauvaise foi du bénéficiaire. La conclusion du contrat de garantie automatique ôte précisément au bénéficiaire le risque de toute contestation du donneur d'ordre. Un appel à la garantie automatique nonobstant la contestation du donneur d'ordre est donc conforme à l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention et n'est

pas de soi constitutif d'abus.

330. Ces réflexions sur l'application du principe de bonne foi permettent de concevoir de nouvelles limites à l'abstraction de la garantie automatique. Ces nouvelles limites ne sont fondées qu'indirectement sur la notion de cause, directement sur le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat. Cette constatation nous amène à rejeter l'extension jurisprudentielle et doctrinale, parfois défendue en France (114), du rôle de la cause.La résiliation du contrat de base conclu entre donneur d'ordre et le bénéficiaire n'entraîne pas disparition de la cause ni caducité (115) du contrat de garantie. De même la réclamation du bénéficiaire non relative au marché garanti ou à la partie du marché couverte par la garantie ne constitue pas un cas d'absence de cause. La cause, répétons-le, n'intervient directement qu'à la formation, non à l'exécution, du contrat. A ce stade, elle n'intervient qu'indirectement, par l'intermédiaire du principe d'exécution de bonne foi.

Notons enfin que le paiement par le banquier en cas de demande abusive lui ouvre contre le bénéficiaire un droit de recours en répétition de l'indû (116). Dans de tels cas, le bénéficiaire n'avait pas droit au paiement.

B. L'exécution de bonne foi du contrat de garantie automatique par le banquier et les limites à son devoir de paiement.

331. Si le bénéficiaire qui a réclamé la délivrance d'une garantie automatique doit s'interdire d'en abuser, le banquier garant a néanmoins pris le risque d'émettre une garantie parfaitement liquide et inconditionnelle. Il a renoncé à toute discussion relative au bien-fondé de la demande du bénéficiaire. Le bénéficiaire doit pouvoir compter sur le respect de cet engagement.

La position des deux parties au contrat de garantie une fois fixée, le banquier garant ne peut pas, après avoir averti son client (117), le donneur d'ordre, se prévaloir des allégations de celui-ci relatives à une prétendue mauvaise foi du bénéficiaire: il a couvert le bénéficiaire contre les risques de contestation du bien-fondé de sa demande, il a accepté de s'en remettre à son appréciation. Il irait donc à l'encontre du "sens et du but" du contrat s'il obligeait le bénéficiaire à démontrer le bien-fondé de sa demande, par exemple la non-arrivée d'un résultat. Son refus de paiement constituerait un acte de mauvaise foi et entraînerait sa responsabilité vis-à-vis du bénéficiaire.

332. Autre est la solution lorsque le garant sait ou doit savoir à l'évidence (118) que la demande du bénéficiaire est abusive. On se contentera de citer à ce propos quelques cas relatifs à la garantie de restitution d'acomptes: le bénéficiaire réclame le paiement de la garantie alors que les acomptes n'ont pas été versés comme prévu sur le compte bancaire que le client a chez le banquier garant; le bénéficiaire réclame,alors que la période de maintenance a commencé et que le garant a été appelé à émettre la garantie de maintenance; le bénéficiaire exige l'entièreté de la garantie alors que, par les paiements effectués, le banquier sait que les travaux sont presque achevés.

Ces cas exceptionnels de fraude évidente connue (119) du banquier non seulement ôtent au bénéficiaire tout droit au paiement mais ils obligent en outre le garant à refuser ce paiement (120). Celui-ci sait ou doit savoir que la demande du bénéficiaire bouleverse l'équilibre d'intérêts mis en place par la cause-fonction de la convention. Tout paiement de sa part constituerait dès lors une fraude ou du moins une faute lourde dont le donneur d'ordre pourrait le tenir responsable (121).

333. Le même raisonnement peut être tenu à propos d'une demande du bénéficiaire alors même qu'il y a absence de cause matérielle ou cause matérielle illicite. Dans de telles hypothèses, l'équilibre d'intérêts mis en place par la cause - fonction est vicié dès le départ. Le garant, s'il ignore ou ne fait que soupçonner cette absence ou cette illicéité de la cause,ne peut refuser ni même suspendre le paiement à la vérification du vice qui affecte le contrat de garantie. Son paiement même non causé constituera une exécution de bonne foi de la convention de garantie automatique.

Hormis les rares cas (122) où la fraude du bénéficiaire, l'illicéité ou l'absence de cause de la garantie lui sont connues, le paiement par le garant ne peut lui être reproché par le donneur d'ordre. Sauf à agir lui-même pour empêcher le paiement comme nous le verrons par la suite (123), ce dernier doit accepter le débit de son compte. C'est en effet à la demande du donneur d'ordre et suivant la clause de garantie automatique convenue entre ce dernier et le bénéficiaire que le garant s'est engagé. Le donneur d'ordre serait dès lors mal venu à contester les conséquences d'un mécanisme qu'il a lui même mis en place (124).

C. La confirmation: L'article 40, alinéa 3 de la loi cambiaire.

334. Le paiement par le garant est libératoire non seulement lorsque le bénéficiaire à un véritable droit au paiement,mais chaque fois que le garant n'a été en mesure d'établir immédiatement que le bénéficiaire n'avait évidemment pas ce droit. Cette distinction nécessaire entre le droit au paiement du bénéficiaire et le caractère libératoire du paiement pour le garant est justifiée par le principe d'exécution de bonne foi qui régit la garantie automatique; elle l'est en outre par analogie avec la situation de celui qui paie une lettre de change ou

un chèque.

335. *"Celui qui paie à l'échéance,* énonce l'article 40, alinéa 3 de la loi cambiaire, *est valablement libéré à moins qu'il y ait eu de sa part une fraude ou une faute lourde"*(125). Tous les auteurs interprètent le principe comme suit: *"Même si le porteur formellement légitimé n'est pas autorisé ou habilité à recevoir le paiement, le paiement fait à ce dernier n'en est pas moins libératoire à moins qu'il n'y ait fraude ou faute lourde du débiteur"*(126). Van Rijn et Heenen ajoutent: *"Celui qui conteste le caractère libératoire du paiement en excipant d'une faute lourde doit prouver non seulement que le débiteur savait ou devait savoir que le porteur n'avait pas droit au paiement mais en outre que le débiteur eût été en mesure d'établir sur-le-champ ce défaut de qualité"*(127). Le tiré, notaient déjà les travaux préparatoires de la loi uniforme (128), s'il ne paie pas, s'expose en effet à un procès et en tout cas à un protêt qui constituera une atteinte à sa réputation commerciale (129).

L'analogie de la situation du débiteur cambiaire et du garant automatique va plus loin: la loi cambiaire ne sanctionne que la fraude et la faute lourde, ce qui implique qu'il n'y aura responsabilité du tiré - comme du garant automatique - que lorsque ceux-ci auront eu la preuve qu'en payant, ils causent un préjudice à quelqu'un, en particulier au donneur d'ordre, dans le cas de la garantie (130).

D. La question particulière de la contre-garantie

336. Le bénéficiaire exige souvent que la garantie soit émise directement ou lui soit au moins notifiée par une banque de son pays (131). Ces deux hypothèses sont parallèles à celles du crédit documentaire: comme la garantie, en effet, le

crédit peut être soit notifié, soit confirmé. Cependant, à l'inverse de la situation du crédit documentaire confirmé, dans le cas d'une garantie avec contre-garantie, c'est la banque locale du pays du bénéficiaire de la garantie qui joue le rôle essentiel (132).

Le contre-garant ou garant indirect,comme le qualifie la doctrine allemande, peut-il refuser le remboursement réclamé par le garant à la suite de son paiement au bénéficiaire ? Quand ce remboursement ne sera-t-il pas libératoire? La demande adressée au contre-garant n'émane plus du bénéficiaire lui-même, mais du garant. Les principes dégagés à propos du devoir de paiement du garant sont-ils applicables au devoir de paiement du contre-garant ?

337. Von Westphalen (133) limite la responsabilité du banquier contre-garant à l'hypothèse suivante: *"Il doit apparaître des circonstances concrètes que la banque contre-garante (Erstbank) avait connaissance du fait que la seconde banque (Zweitbank) se comportait frauduleusement"*. Selon l'auteur, le contre-garant ne peut ête tenu responsable par le donneur d'ordre que lorsqu' au moment du paiement, il connaissait ou devait connaître avec évidence non point le non-droit au paiement du bénéficiaire, mais le non-droit au remboursement du garant. Pratiquement, cette hypothèse exige que le contre-garant ait eu ou ait dû avoir la conscience évidente soit de la fraude délibérée du garant, appelant la contre-garantie sans avoir été lui-même appelé par le bénéficiaire, soit de la complicité du garant et du bénéficiaire lors de l'appel de la garantie par celui-ci. La mise en cause de la responsabilité du contre-garant est donc plus difficile que la mise en cause de la responsabilité du garant.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE I

338. L'analyse proposée au chapitre I conduit à distinguer la question des limites de l'abstraction de la garantie automatique et celle du droit et du devoir du garant à refuser le paiement.

La thèse de la nature causale de la garantie automatique justifie en effet de nombreuses limites de l'abstraction de la garantie automatique. Ainsi, des concepts d'absence de cause et de cause illicite peuvent être appliqués au contrat de garantie automatique. Ils fixent les premières limites au droit au paiement du bénéficiaire, limites tirées directement de la théorie de la cause. Le principe d'exécution de bonne foi - dont le contenu ne peut se comprendre que par la théorie de la cause - impose d'autres limites. Le bénéficiaire de la garantie perd tout droit au paiement chaque fois que sa demande excède les limites fixées par la fonction du contrat, le principe de l'exécution de bonne foi se comprenant comme le devoir des parties de respecter la structure prévisionnelle, la cause-fonction, mise en place par la convention des parties.

Ce même principe d'exécution de bonne foi mis à charge du banquier garant lui interdit de se prévaloir vis-à-vis du bénéficiaire des limites de l'abstraction de la garantie automatique, sauf lorsque la demande de ce dernier est manifestement abusive et qu'il connaît ou doit connaître de toute évidence cet abus. Ce n'est que dans cette hypothèse, que sa responsabilité vis-à-vis du donneur d'ordre peut être engagée.

339. Ainsi - et la conclusion fonde la recherche des possibilités du donneur d'ordre d'interdire le paiement - même si la demande du bénéficiaire peut être

abusive, sort du domaine des risques couverts par la garantie automatique, la banque malgré tout peut être obligée de payer au nom du principe d'exécution de bonne foi. Ceci légitime le voeu des banques de ne pas jouer le rôle d'arbitre dans les opérations du commerce international. On note en outre que le banquier dispose d'un recours, une action en répétition de l'indu (134) contre le bénéficiaire payé lorsque, par la suite, on constate que la demande de ce dernier est abusive.

CHAPITRE II :

LA POSSIBILITÉ POUR LE DONNEUR D'ORDRE D'EMPÊCHER LE PAIEMENT DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE.

340. Après avoir précisé les limites de l'abstraction de la garantie automatique et celles plus étroites mises au devoir de paiement du banquier garant, il reste à répondre à la question de savoir si, dans quelle mesure et par quels moyens le donneur d'ordre peut empêcher le paiement.

D'où le plan du présent chapitre :

Section I : Les formes, les conditions et les préalables des procédures de refus de paiement.

Section II : La procédure en référé.

Section III: La saisie-arrêt de la garantie automatique.

SECTION I: LES PROCEDURES ET LES QUESTIONS PREALABLES

Article 1: Les procédures judiciaires susceptibles d'être invoquées.

341. La fonction de liquidité de la garantie automatique rend indispensable des procédures rapides. Elle oriente dès lors vers des mesures provisoires. On distinguera à ce propos deux types de mesures:

La première, le référé, est générale, n'est pas du ressort exclusif du judiciaire, mais peut être arbitrale (135). Elle peut aboutir à des décisions variées: interdire le paiement, le suspendre, déclarer le non-droit du bénéfiaire,etc. Notre code judiciaire organise la procédure en référé (136) qui correspond à l'étranger à l'injunction anglo-saxonne (137), à l'Einstweilige Verfügung (138) germanique, au provvedimento d'urgenza italien (139). La procédure judiciaire en référé peut connaître diverses modalités. Ainsi, chez nous, en cas d'extrême urgence, le donneur d'ordre aura recours à la procédure sur requête unilatérale (140).

La seconde est une technique plus particulière, elle ressort du judiciaire et a un objet précis: le blocage d'une créance; elle répond à des conditions de fond déterminées. Il s'agit de la saisie-arrêt conservatoire belge et française (141), de l'Arrest germanique (142), du sequestro conservativo italien (143).

La suite de l'exposé démontrera la nécessité de distinguer ces deux types de mesures provisoires trop souvent confondues.

Article 2.: Les préalables

§1. Le devoir d'information lors d'un appel à la garantie

A. L'information du donneur d'ordre.

342. Pour que le donneur d'ordre puisse s'opposer à l'appel de la garantie ou de la contre-garantie, il faut d'abord qu'il en soit averti et qu'il dispose ensuite d'un délai minimum pour s'y opposer. Il faut, par conséquent que le banquier ne soit pas obligé de payer sur le champ. *"Le devoir d'information ne présente un intérêt que s'il permet au donneur d'ordre de présenter ses observations à son banquier ..."*(144).

Les règles de la C.C.I. relatives aux garanties contractuelles répondent à ces impératifs : l'article 8, alinéa 2 (145) oblige d'avertir le client et prescrit un délai de sept jours avant le paiement de la garantie (146). Comme ces règles ne s'appliquent pas d'office aux garanties automatiques, il convient d'examiner si les devoirs d'information et de respect d'un délai de paiement peuvent exister indépendamment d'elles(147)

343. Dans la plupart des pays européens, il est d'usage bancaire d'avertir le client, donneur d'ordre, de l'appel à la garantie et de respecter un délai de quelques jours avant le paiement (148). Cet usage crée, dans le chef du client, un véritable droit à l'information , sauf clause contraire. Or ces clauses sont fréquentes, car le banquier craint que l'information du donneur d'ordre ou l'octroi d'un délai de paiement ne se retournent contre lui. En effet, le donneur d'ordre cherche à profiter du délai pour empêcher le paiement bancaire, tandis que le bénéficiaire ou le garant s'impatientent : *"le banquier* (est)

coincé entre l'arbre et l'écorce" (149).

Aussi, à la conclusion du contrat de garantie, les banques imposent souvent au donneur d'ordre une clause les autorisant à payer sans devoir avertir le client (150). Pour autant qu'elle soit écrite et expresse, cette clause est valable (151), mais elle ne dispense pas toujours le banquier de tout devoir d'information. En effet, pour Simont (152), aux conditions susdites, *"la clause permettant au banquier de payer sans avertir le donneur d'ordre n'exclura pas que sa responsabilité puisse être mise en cause s'il a payé sans avertissement, passant outre à une opposition à paiement qui faisait apparaître une fraude manifeste"*. Par "opposition", Simont entend toute forme d'avertissement donnée par le donneur d'ordre au banquier, avertissement par lequel le donneur d'ordre conteste le bien-fondé de l'appel à la garantie. En effet, une tension dans les rapports entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre précède généralement l'appel à la garantie et amène celui-ci à prévenir le banquier de la menace. De pareilles "oppositions" extra-judiciaires, sur la valeur desquelles nous reviendrons, ont un premier intérêt: lorsqu'elles sont étayées d'arguments apparemment sérieux, elles obligent le banquier à avertir le donneur d'ordre avant de payer.

44. Il existe un second cas où le banquier paraît également tenu d'avertir le donneur d'ordre. Le banquier ne peut, par une clause contractuelle, s'exonérer ni de son dol, ni de sa faute lourde (153) dans l'exécution du contrat du mandat (154) conclu avec le donneur d'ordre. Ainsi, lorsque le banquier suspecte une fraude dans l'appel à la garantie (155), il engagera sa responsabilité en payant sans avertir le donneur d'ordre et sans lui laisser un délai raisonnable pour s'opposer au paiement par les mesures provisoires citées à l'article précédent.

B. L'information du contre-garant.

345. L'intervention fréquente d'une seconde banque à côté de la banque du donneur d'ordre pose la question de l'information du contre-garant par la banque du bénéficiaire lors d'un appel à la garantie.
Si le contrat entre ces deux banques est un mandat (156) - comme c'est le cas entre la banque apéritrice et la banque confirmatrice dans le crédit documentaire (157) - la banque garante peut être tenue, avant de payer, d'avertir la banque contre-garante de l'appel à la garantie lorsqu'elle a tout motif (158) de suspecter une fraude de la part du bénéficiaire ou lorsque, préalablement, la banque contre-garante lui signifie l'opposition du donneur d'ordre. La banque garante, comme la banque contre-garante peuvent donc engager leur responsabilité (159) en cas de défaut d'information.

§2. Les oppositions extra-judiciaires.

346. Le donneur d'ordre de la garantie automatique, averti de l'appel à la garantie ou désireux de le prévenir, informe éventuellement son banquier de ses griefs à l'encontre du bénéficiaire et lui interdit de payer. Cette opposition extra-judiciaire est sans valeur et le banquier ne doit pas en tenir compte (160): *"Une opposition qui ne respecte pas les formalités imposées par le code judiciaire en matière de saisie-arrêt, ne peut produire les effets de celle-ci; elle est dépourvue de toute valeur juridique"* (161). Il pourrait même être tenu responsable par le bénéficiaire s'il refusait de payer sur la foi d'une simple opposition extra-judiciaire (162).

7. Toutefois, ce principe doit être nuancé: *"Le tiers saisi*, résume Stranart (163),*peut légitimement tenir compte d'une opposition circonstanciée* (164), *quand la créance de l'opposant serait en péril*(165) *s'il fallait procéder dans les formes légales, et qu'en conséquence le tiers a de justes craintes d'être associé à une fraude s'il paie au mépris de l'opposition"*. En d'autres termes, premièrement l'opposition extra-judiciaire du donneur d'ordre peut dévoiler au garant la fraude du bénéficiaire. Si cette fraude est rendue manifeste et certaine, le paiement par le garant contre l'opposition du donneur d'ordre est fait de mauvaise foi (166). Cette hypothèse est rare. L'opposition ne contiendra généralement - c'est le second cas - que des allégations plus ou moins sérieuses qui exigent un examen, ne fût-ce que sommaire, de la convention de base. Ces allégations même sérieuses, dans la mesure où elles n'apportent pas sur le champ une certitude au banquier de la fraude du bénéficiaire, ne peuvent, en aucune manière, dispenser le banquier de son devoir de paiement. Tout au plus, peuvent-elles obliger celui-ci à inviter le donneur d'ordre à régulariser son opposition extra-judiciaire par une procédure légale et ce dans un bref délai (166). Il accepte alors de bloquer momentanément le paiement et avertit le donneur d'ordre qu'au delà de ce délai fixé, il sera passé outre à son opposition si elle n'a pas été régularisée (167). Il communiquera l'opposition du donneur d'ordre au bénéficiaire ou au garant. Ainsi, l'opposition du donneur d'ordre peut être le prélude à une action juridictionnelle contradictoire qu'elle soit intentée par voie de référé ou par voie de saisie-arrêt.

SECTION II : LA PROCEDURE EN REFERE

348. L'étude de la garantie automatique dans les différents droits révèle les nombreuses incertitudes de la procédure en référé. A cet égard, il convient de rappeler l'attendu de l'Oberlandsgericht de Francfort du 12 février 1974 (168): *"L'essence de la garantie réside en cela que le paiement doit être assuré même dans l'hypothèse d'une divergence d'opinions. Avec cette fonction est incompatible l'octroi d'une procédure provisoire en référé"*. Cet attendu exclut donc la possibilité de mesures provisoires au nom de la fonction de la garantie automatique (169).

D'autres décisions (170), sans aller jusqu'à cette exclusion, n'autorisent la procédure que dans les hypothèses où précisément le banquier peut et doit refuser le paiement, c'est à dire, en cas de fraude manifeste et connue du banquier (171). Cette seconde solution réduit, voire dénie (172) l'utilité de la procédure en référé; en effet, elle n'aboutira que dans des cas où le paiement par le banquier entraînerait de toute façon sa responsabilité, comme nous l'avons montré (173).

349. A l'opposé de ces deux tendances, de nombreuses décisions (174) admettent plus largement la possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement. Cette extension de l'octroi de référés dans la jurisprudence suscite l'inquiétude doctrinale: peut-on admettre que le donneur d'ordre, par des mesures provisoires, paralyse le droit au paiement du bénéficiaire pour des raisons qui ne justifieraient pas le refus de la banque de payer ? Plus fondamentalement, dans la mesure où l'on distingue les hypothèses de refus de paiement de la banque et

les limites de l'abstraction de la garantie automatique, l'élargissement jurisprudentiel des possibilités d'octroi de mesures provisoires ne remet-il pas en cause le degré d'abstraction de la garantie automatique ?

A cette question s'en ajoutent d'autres. Le donneur d'ordre peut-il préventivement demander une mesure provisoire d'interdiction de paiement alors même qu'aucun appel à la garantie n'a encore été fait ? L'existence d'une contre garantie n'exclut-elle pas de soi toute possibilité de référé ? Enfin, quelle est la validité des clauses parfois insérées dans des contrats de garantie par lesquelles les banques renoncent à se prévaloir d'interdictions judiciaires ?

La réponse à ces questions s'appuie sur un bref rappel du principe de l'octroi des mesures provisoires (article 1). Nous envisagerons ensuite l'application du principe à la garantie automatique (article 2) avant d'étudier les problèmes plus particuliers que posent, d'une part, l'intervention d'une banque contre-garante et, d'autre part, la clause de renonciation à se prévaloir de toute mesure d'interdiction judiciaire (article 3).

Article 1.: Le principe de l'octroi des mesures provisoires

350. On connaît le principe de base de la reconnaissance des mesures provisoires dans tous les ordres juridiques: *"La procédure de référé, notait déjà le rapport Thonissen précédant la loi du 25 mars 1876 (175), n'a été introduite que pour les cas rares et exceptionnels où le moindre retard pourrait avoir pour conséquence une perte irréparable"*. Il s'agit donc pour le demandeur, en l'occurrence le donneur d'ordre de la garantie, de démontrer à la fois l'imminence du danger et son caractère irréparable, en d'autres termes, selon l'expression latine le "periculum in mora".

"L'imminence du danger provient du fait que le donneur d'ordre s'est engagé, conformément au contrat qu'il a signé avec la banque, à rembourser celle-ci de toutes sommes versées par elle au titre de la garantie. Quant à son caractère irréparable, il ressort de l'extrême difficulté de récupérer les sommes, objet de la garantie bancaire au moyen du jugement ultérieur (ordinaire ou arbitral) qui suivrait ..." en général dans un pays lointain.(176)

351. Ces conditions de fond de la demande d'une mesure provisoire une fois réunies, il faut encore souligner les limites de la compétence du juge des référés. L'essence des mesures provisoires est de ne pas préjudicier au principal. *"Il n'appartient pas au juge des référés de trancher le fond du droit"* enseigne la Cour de cassation française (177).

Dans le même arrêt, suivi par la doctrine, la jurisprudence et le législateur, la Cour précise: *"Si le juge des référés ne peut "prendre parti" sur l'existence des droits, il peut néanmoins fonder sa décision sur le droit d'une partie non sérieusement contesté"* (178), ce que les italiens appellent le"fumus boni iuris". En d'autres termes, le juge des référés *"reste dans les limites de sa compétence*(179) *lorsqu'il ordonne des mesures conformes à un droit "évident" de la partie demanderesse"*(180). Cette limite de la compétence du juge en matière de mesure provisoire permet de comprendre les hypothèses dans lesquelles se conçoit l'octroi de mesures provisoires en matière de garantie automatique.

Article 2.: L'application du principe à la garantie automatique.

§1.: Le principe de l'unité de l'opération tripartite et ses conséquences.

A. La clause de garantie automatique et sa signification.

352. La thèse de la nature causale de la garantie (181) met en évidence le fait que la délivrance d'une garantie automatique représentait l'aboutissement de divers rapports économiquement interdépendants et présentant une unité logique fonctionnelle (182). Chacun de ces rapports et leur contenu ne peuvent se comprendre que par leur insertion dans l'ensemble du mécanisme tripartite. La cohérence du tout explique les particularités de chaque rapport. Il ne s'agit pas pour autant d'affirmer l'existence d'un seul contrat pour l'ensemble de ces rapports (183); au contraire, c'est précisément en jouant sur la distinction des divers rapports juridiques que le mécanisme tripartite, le groupe de contrats, peut atteindre ses fins.

En d'autres termes, la délivrance du contrat de garantie automatique trouve son origine dans l'équilibre d'intérêts que les parties à un rapport commercial international décident de mettre en place: en contrepartie, le plus souvent, de mécanismes de paiement particulièrement contraignants (184), l'importateur (ou le maître d'oeuvre) réclame l'émission d'une garantie liquide couvrant la responsabilité globale de l'ensemblier dans l'exécution de son obligation de comportement quant au résultat déterminé,garantie qui doit en outre éliminer les risques propres au commerce international, en particulier les risques juridictionnels. La clause par laquelle l'importateur ou le maître d'oeuvre exige

la constitution d'une garantie bancaire automatique au texte souvent réglementaire, et qui s'ajoute à l'ensemble des stipulations du contrat international représente la traduction de l'équilibre souhaité.

353. En acceptant la clause, l'exportateur adhère à ce partage des risques. Il sait ou il doit savoir en effet qu'il prend en charge une série de risques liés à la prestation-garantie et accorde dès lors à son contractant un moyen efficace de pression. La clause de garantie automatique fixe entre les parties au contrat commercial de base un équilibre d'intérêts original, "stéréotypé", dans la mesure où les usages du commerce international précisent exactement les limites de ce partage .

B. Le principe de l'exécution de bonne-foi : signification de la clause de garantie automatique.

354. Le principe "*Les conventions s'exécutent de bonne foi*" condamne tout acte contraire à l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention (185). Ce principe qui régit le contrat de garantie, doit régir également la relation commerciale de base. Dans cette relation, il s'impose tant à l'importateur qu'à l'exportateur.

Par la clause de garantie automatique, l'importateur s'engage à ne pas en réclamer le paiement de mauvaise foi, c'est-à-dire pour des risques non couverts. Autrement, il perd tout droit et agit contre le sens du mécanisme dont il a exigé la constitution. Certes, ces hypothèses sont rares, vu l'étendue des risques couverts par l'exportateur.

Corrélativement, l'exportateur a un devoir de bonne foi beaucoup plus lourd dans l'exécution du contrat. Il s'engage à ne rien faire qui aille à

l'encontre du partage des risques acceptés. Comme le note Portale (186), par la clause de garantie bancaire automatique, l'exportateur renonce, provisoirement du moins, à faire valoir toute une série d'exceptions correspondant aux risques pris en charge par lui; la clause de garantie automatique équivaut dans le chef de l'exportateur à une sorte de pacte "solve et repete" ou, selon la dénomination retenue par les auteurs allemands, à un "pactum de non petendo" (187).

L'examen par la doctrine allemande de la clause d'accréditif également conçue comme "pactum de non petendo", confirme notre point de vue et suggère l'extension des mêmes conclusions à l'ensemble des mécanismes tripartites marqués par l'abstraction.

C. Le précédent: l'analyse de la clause d'accréditif dans la doctrine allemande.

355. Dans une étude consacrée aux limites de l'abstraction de l'engagement né d'un crédit documentaire irrévocable et aux possibilités de mesures provisoires, Erman (188) justifie les restrictions mises par la jurisprudence à l'octroi de mesures provisoires par l'existence entre les parties à l'opération commerciale de ce pactum de petendo :"*Il est évident*, note Erman, *que la clause d'accréditif, insérée dans le contrat d'achat-vente, doit être considérée comme un pactum de non petendo limité dans le temps et le contenu. Par cette clause, l'acheteur renonce en principe (Grundsätzlich)à interdire au vendeur l'utilisation de l'accréditif; il ne le peut qu'exceptionnellement (ausnahmweise), lorsque preuve à l'appui, il démontre, de façon évidente et sans aucun doute possible l'absence de droit du vendeur au paiement de l'accréditif. Du fait de la non prise en considération de ces faits, la réclamation par le vendeur de*

l'accréditif présente un cas de fraude claire (klaren Rechtsmissbrauch)". Ainsi, ce pactum de non petendo entraîne, selon l'auteur, une "diminution", un "affaiblissement" (Schwächung) sensible du droit pour le donneur d'ordre de s'opposer au paiement de l'accréditif.

Ainsi s'explique pour la doctrine allemande, le fait que le donneur d'ordre ne peut remettre en question, par des mesures provisoires, le degré d'abstraction (Grad der Abstrakteit) de l'accréditif (le crédit documentaire). En effet, lorsqu'il n'y a pas mauvaise foi patente, le droit de créance du donneur d'ordre n'existe pas ou du moins est contestable puisque sa demande va à l'encontre de la clause d'accréditif qu'il a lui-même acceptée. Le même raisonnement vaut pour justifier les limites de l'octroi de mesures provisoires en cas de garantie (190).

§2.: Les conséquences: les limites à l'octroi de mesures provisoires.

A. Le principe: la nécessité d'une mauvaise foi non sérieusement contestable.

356. Le propre des mesures provisoires est de ne pas préjudicier au principal, mais le juge des référés *"reste dans la limite de sa compétence lorsqu'il ordonne des mesures conformes à un droit "non sérieusement contestable" de la partie demanderesse"*(191).

L'application de ces principes limitatifs de la compétence du juge des référés permet de comprendre les limites de l'octroi de mesures provisoires en matière de garantie automatique (192). L'exportateur, donneur d'ordre n'a de droit "non sérieusement contestable" que lorsque la demande en paiement de la garantie sort manifestement du domaine des risques couverts par elle, de par

la volonté même de l'exportateur qui l'a souscrite.

Dans tous les autres cas, le droit de l'exportateur à réclamer l'interdiction de paiement est d'autant plus contestable que sa réclamation va à l'encontre de la convention qu'il a signée, de son "pactum de non petendo". Pareille réclamation représente un "venire contra factum proprium", selon l'expression de Gautschi (193), ou plus simplement un acte d'exécution de mauvaise foi de la part de l'exportateur. Elle doit donc être rejetée.

357. Par conséquent, il n'y a possibilité d'octroi de référé que lorsque le donneur d'ordre peut prouver rapidement et avec certitude que la demande en paiement du bénéficiaire est abusive. On retrouve dans cette conclusion les conditions souvent exigées par les différents droits à l'octroi d'un référé. La fraude du bénéficiaire n'est pas suffisante, il faut encore qu'elle soit susceptible de "preuves liquides", selon l'expression germanique et italienne (194).

Les conditions mises à l'octroi d'un référé ne rejoignent pas les conditions justifiant le refus de paiement du banquier, plus étroites encore. La responsabilité du garant, avons-nous dit, ne peut être engagée que s'il paie alors qu'il connaît ou doit de toute évidence connaître la fraude. Il faut, selon l'expression de Vasseur, que la fraude *"crève les yeux"* (195). On ne peut exiger du banquier aucune interprétation des faits (196). Par contre, devant le juge des référés, le donneur d'ordre pourra produire des documents éventuellement contredits par d'autres documents du bénéficaire. Il obtiendra l'octroi du référé demandé dans la mesure où il démontre dans le bref délai de la procédure en référé que la demande du bénéficiaire excède manifestement l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention.

B. La fraude manifeste dans le crédit documentaire et dans la garantie automatique

358. On connaît l'interprétation restrictive donnée par la doctrine et la jurisprudence à la notion de "fraude manifeste" en matière de crédit documentaire (197). Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les juges acceptent la demande d'interdiction de paiement émanant du donneur d'ordre d'un crédit documentaire. Ce précédent a amené la doctrine à défendre le même point de vue en matière de garantie automatique (198). Pourtant, l'extension à la garantie automatique de l'interprétation restrictive donnée à la notion de fraude manifeste en matière de crédit documentaire ne nous semble pas convaincante. En effet, dans le crédit documentaire, l'interprétation restrictive se fonde sur le fait que les documents, de par leur teneur et leur qualité, créent une forte présomption de bonne exécution par le donneur d'ordre de ses engagements (190). Ce n'est donc que dans des cas tout à fait exceptionnels (200) que les moyens de preuve avancés par le donneur d'ordre détruiront cette forte présomption.

359. En matière de garantie automatique, nous avons relevé (201) l'absence de documents, c'est-à-dire de titres ou écrits quelconques, dont la teneur est par elle-même constitutive de présomption de la non-exécution de la prestation garantie . Il apparaît dès lors que le juge des référés peut accueillir plus facilement qu'en matière de crédit documentaire la preuve de la mauvaise foi du bénéficiaire qui fait appel à la garantie.

On sait ce qu'il faut entendre par mauvaise foi du bénéficiaire et plusieurs cas d'application ont été décrits. Dans ces hypothèses, le donneur d'ordre sera admis à rapporter la preuve évidente de la non-existence du droit au paiement dans le chef du bénéficiaire. A ce propos, le juge des référés

peut procéder à un examen sommaire de la convention, comme le reconnaît une décision récente du tribunal de commerce de Bruxelles (202).

C. L'application du principe.

360. Quelques décisions témoignent de cette possibilité pour le juge d'examiner - ne serait-ce que sommairement - l'équilibre contractuel propre à l'opération commerciale de base pour déterminer l'effective présence d'une fraude manifeste. On songe en particulier à la décision du Landsgericht de Francfort en date du 14 décembre 1979 (203) où une lecture rapide du contrat de livraison attestait que le donneur d'ordre de la garantie ne prenait aucune responsabilité dans le montage des machines livrées. L'appel à la garantie, qui ne pouvait être motivé que par les difficultés de montage, présentait dès lors un caractère manifestement frauduleux (204).

361. En cas de survenance de force majeure telle une révolution ou un changement brusque dans le pays du bénéficiaire - hypothèse des "affaires iraniennes" (205) - le juge des référés - au nom du respect de l'équilibre qu'assure la garantie automatique entre les parties au contrat de base, prendra les décisions suivantes:

1. Il refusera de prendre en considération des demandes préventives du donneur d'ordre (206). De telles demandes d'interdiction de paiement sont, dans le chef du donneur d'ordre, contraires à son obligation de bonne foi dans l'exécution de son contrat. En outre, faute d'appel à la garantie par le bénéficiaire, le donneur d'ordre peut difficilement, comme le souligne une juridiction française (207), faire état d'abus de la part de celui-là.

2. S'il y a appel aux garanties, la mesure prononcée par le juge variera suivant

le moment de cet appel. L'appel peut avoir lieu pendant la révolution ou, en tout cas, pendant la période troublée consécutive. Les troubles empêchant toute reprise des travaux voire des négociations, le juge devrait suspendre le paiement (208) ou éventuellement nommer un tiers dépositaire du paiement de la garantie (209). En effet, la survenance d'un cas de force majeure même prolongé ne rompt pas, de soi, le marché, mais le suspend dans l'attente d'une renégociation après disparition du cas de force majeure. Outre la suspension ou la nomination d'un tiers dépositaire, le juge ordonnera une éventuelle prorogation de la validité de la garantie. Si les troubles politiques se prolongent à un point tel qu'ils rendent définitivement impossible la reprise de l'exécutiondu marché, le juge interdira le paiement de la garantie d'exécution; par contre, il ne s'opposera pas au paiement de la garantie de restitution d'acomtes et de la garantie de retenue.

Touchant la garantie de restitution d'acomptes, il faut remarquer de façon générale qu ' en cas d'appel à l'entièreté de ces garanties, le juge des référés doit pouvoir tenir compte des preuves fournies par le donneur d'ordre de l'avancement des travaux pour réduire le montant du paiement bancaire (210).

362. Ces exemples qu'on pourrait multiplier témoignent de l'intérêt que présentent pour le donneur d'ordre les mesures provisoires. Certes, de simples allégations par le donneur d'ordre de la bonne exécution de ses prestations (211), la constatation des difficultés de recours en cas de demande non fondée (212) ne peuvent en aucune manière autoriser le juge des référés à interdire ni même retarder le paiement, fût-ce provisoirement. Dans pareils cas, le droit de l'exportateur reste *"sérieusement contestable"* puisqu'il remet en cause la base même de l'accord contractuel.

363. A ce propos, on mentionnera le problème particulier du certificat.La production d'un certificat de qualité exigé par l'importateur pour le paiement des fournitures de l'exportateur, donneur d'ordre de la garantie, permet-elle à celui-ci de faire la preuve de la mauvaise foi de celui-là ? On relèvera parmi plusieurs décisions à ce propos (213), un arrêt de la cour d'appel d'Amsterdam (214). Le vendeur, donneur d'ordre de la garantie de bonne exécution, contestait l'appel du bénéficiaire égyptien. Ce dernier faisait valoir le mauvais état de la marchandise, le navire choisi par le donneur d'ordre étant inadapté au transport d'une telle marchandise. Le donneur d'ordre prétendait établir la fraude manifeste du bénéficiaire en produisant un certificat d'aptitude du navire au transport de ladite marchandise. Ce certificat avait été réclamé par le bénéficiaire lui-même comme une des conditions mises au paiement du crédit documentaire ouvert au profit de l'exportateur néerlandais. La cour d'appel, nonobstant ce fait, rejette l'argumentation du vendeur. La présentation du certificat ne permet pas de conclure avec certitude à la mauvaise foi du bénéficiaire (215). Les autres décisions suivent le même raisonnement.

L'analyse de cette jurisprudence particulière confirme, premièrement, que le juge accueille plus largement en cas de garantie automatique qu'en cas de crédit documentaire les preuves de fraude manifeste du bénéficiaire, mais, secondement, qu'il reste tenu de rejeter tout moyen de preuve qui n'établit pas de façon patente la mauvaise foi de celui-ci.

§3. Les cas particuliers

364. Les cas particuliers posent deux questions:

1. Le fait que la demande émane non du bénéficiaire lui-même mais du contre-garant (217) ne réduit-elle pas la possibilité d'octroi d'un référé interdisant le paiement ?

2. La possibilité d'octroi d'un référé interdisant le paiement n'est-elle pas inutile lorsque la banque garante ou contre-garante a renoncé par avance à se prévaloir d'une quelconque interdiction judiciaire ?

A. Le cas de la contre-garantie.

365. On connaît l'argument de ceux qui, dans l'hypothèse de l'intervention simultanée d'une banque contre-garante et d'une banque garante, rejettent, ou du moins réduisent la possibilité d'interdiction de paiement. Selon eux, lorsque la demande en paiement n'émane pas du bénéficiaire lui-même mais du garant, celui-ci, sauf preuve de sa complicité avec le bénéficiaire, n'est jamais de mauvaise foi et dès lors son droit au remboursement de la garantie n'est pas sérieusement contestable (218). Si quelques décisions jurisprudentielles - française (219) et allemandes (220) en particulier - reprennent ce raisonnement et sont largement approuvées par la doctrine (221), la plupart des décisions (222) ne font pas cette distinction et certaines (223) l'excluent en affirmant que le principe de bonne foi est universellement applicable et que l'ordre public du pays du for saisi par le donneur d'ordre doit s'opposer aux effets d'un paiement consenti suite à une demande frauduleuse du bénéficiaire même si ce paiement a été fait par une banque étrangère.

366. L'argument tenu par la doctrine et la jurisprudence pour refuser toute mesure provisoire lors d'une contre-garantie est résumée comme suit par von Westphalen (224) : *"Même lorsque la première banque (la banque contre-garante) est avertie par le donneur d'ordre du fait que le bénéficiaire a réclamé frauduleusement le bénéfice de la garantie bancaire, cet abus n'affecte la contre-garantie (Rückgarantie) que lorsque la première banque a connaissance des faits sur base desquels il apparaît que la seconde banque - par exemple du fait d'une collusion avec le bénéficiaire - s'est elle-même comportée frauduleusement".* De tels cas de double fraude sont extrêmement rares et leur démonstration pratiquement impossible . Aussi, ajoute l'auteur, *"L'octroi d'une mesure provisoire contre la banque qui désire payer est en réalité réduit au cas de garantie directe".*

367. Ce raisonnement requiert des mises au point. Il faut d'abord distinguer deux hypothèses. Ou bien la demande de la mesure provisoire a été introduite avant le paiement de la garantie (225) et la banque du bénéficiaire est appelée au procès. Il est évident que si le juge reconnaît le non-droit du bénéficiaire au paiement de la garantie, tout paiement par la banque du bénéficiaire engage sa propre responsabilité et ne lui ouvre aucun droit au remboursement, les sommes n'ayant pas été remboursées au titre de la garantie.

Ou bien la demande -hypothèse la plus fréquente- est introduite après paiement de la garantie au bénéficiaire (226). L'interdiction faite au donneur d'ordre d'appeler la garantie est alors inutile (227), mais la banque garante peut-elle être appelée au procès et se voir interdire toute demande de remboursement ?

368. Une nouvelle distinction s'impose:

1. La fraude du bénéficiaire peut être à ce point évidente qu'elle était ou devait être connue (faute lourde) du banquier garant, Dans ce cas, il y a apparemment complicité ou du moins négligence grave inexcusable du banquier garant. Le juge des référés constatera donc, outre le non-droit du bénéficiaire au paiement, la faute du banquier garant. Il prononcera dès lors le non-droit au remboursement et interdira à la banque contre-garante tout paiement

2. La fraude, tout en étant susceptible de preuves "liquides", ne pouvait apparemment pas être connue du banquier garant: le paiement de la banque n'apparaît donc pas fautif, même si le bénéficiaire n'avait pas droit au paiement. Dans ce cas, le juge hésitera à priviliégier l'intérêt du donneur d'ordre par rapport à l'intérêt des banques à s'acquitter de leurs engagements et dès lors à ne pas compromettre leur réputation internationale. En effet, si le droit du donneur d'ordre n'est pas sérieusement contestable, le droit au remboursement du garant ne l'est pas moins. Le juge n'accordera donc au donneur d'ordre la mesure provisoire souhaitée que dans des circonstaces exceptionnelles telles que des situations particulièrement troublées survenues dans le pays du bénéficiaire et rendant impossible toute récupération des sommes par le donneur d'ordre.

B. La renonciation à se prévaloir d'une mesure provisoire.

369. Certaines garanties ou contre-garanties contiennent une clause par laquelle le garant ou le contre-garant renoncent à se prévaloir des mesures provisoires éventuellement obtenues par le donneur d'ordre. On citera à titre d'exemple la clause suivante : *"This is completely unconditional and we agree to pay you its amount on your first demand notwithstanding any contestation, dispute, pre-*

cautionnary garnishee order or attachment order or injunction by account party or any other party"(228).

On peut douter de l'opposabilité de cette clause au donneur d'ordre. Elle signifierait pour ce dernier la renonciation générale à son droit d'agir en justice, même en cas de fraude commise par le bénéficiaire, ce qui est contraire à l'ordre international public (229).

Cette constatation faite, la clause pourrait valoir dans les relations du bénéficiaire ou de sa banque (hypothèse de la contre-garantie) avec la banque du donneur d'ordre. Simont (230) note avec raion que le paiement par la banque, si la clause était valable, ne serait pas fait au titre de la garantie, mais sur une autre base, à savoir sur base d'un *"engagement distinct de la banque, complémentaire à son engagement de garant ou de contre-garant"*. En ce sens, il approuve le texte imposé par les autorités de Koweit qui stipule qu'en cas d'interdiction judiciaire de la garantie, *"la présente lettre serait immédiatement convertie en une obligation directe de la banque envers vous ..."*

370. Il est évident que l'exécution de cet engagement distinct ne permettrait pas à la banque de se retourner contre le donneur d'ordre (231), mais il reste à voir s'il est valable. On peut en douter. La banque, en acceptant une telle clause, souscrirait un double engagement: l'un, causé, est la garantie ou contre-garantie; l'autre, dont l'exécution est conditionnée à l'impossibilité d'obtenir les effets du premier, serait l'engagement (abstrait) de payer, détaché du déroulement de l'opération commerciale . Un tel engagement est-il valide ? Il constitue à notre sens une opération qui sort du domaine de l'activité bancaire.

SECTION III: LA SAISIE-ARRÊT

371. La question de la saisie-arrêt de la garantie automatique a fait l'objet d'une décision (+) publiée et abondamment commentée du tribunal de grande instance de Paris du 13 mai 1980 (232). Elle accepte le principe de la saisie-arrêt de la créance née de la garantie automatique. Son raisonnement se fonde sur le précédent jurisprudentiel du crédit documentaire. La jurisprudence française admet en effet largement la possibilité pour le donneur d'ordre d'un crédit documentaire de saisir-arrêter les sommes dûes au bénéficiaire (article 1).

Si l'on approuve le dispositif de la décision française relative à la saisie-arrêt de la garantie, il importe cependant de distinguer cette hypothèse de celle de la saisie du crédit documentaire. En précisant cette distinction, il est possible de définir les limites de la saisie-arrêt en matière de garantie et de contregarantie automatiques (article 2).

(+) Depuis la rédaction de la thèse, une seconde décision française relative à la saisie-arrêt a été publiée. Il s'agit d'une décision de la cour d'appel de Paris en date du 27 octobre 1981 (J.C.P., 1981, II, 19702, obs. P. BOULOY). Nous étudions cette seconde décision en annexe de la présente thèse.

Article 1.: La décision francaise et son raisonnement

§1. L'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris du 13 mai 1980

372. L'analyse rapide de cette décision a été faite dans la présentation des limites de l'abstraction en droits belge et français. Les faits à l'origine de la décision sont les suivants: le bénéficiaire de la garantie automatique avait pris d'importants retards de paiement pour des prestations déjà achevées. La garantie de bonne exécution fut appelée. Le donneur d'ordre demanda donc saisie-arrêt du montant de la garantie en faisant valoir les retards de paiement. Il obtint gain de cause devant le juge des saisies. La banque saisie réclama alors mainlevée de cette saisie devant le tribunal de grande instance de Paris.

La banque faisait valoir que *"par le biais de la saisie-arrêt, le (donneur d'ordre) s'efforçait en réalité d'échapper à ses propres engagements en la paralysant elle-même et en l'empêchant d'exécuter ses obligations, alors que, contractuellement, le dit (donneur d'ordre) avait renoncé à contester toute demande de mise en oeuvre de la garantie à première demande"*. Le président du tribunal refusa la mainlevée : *"Le droit français ne prévoit pas, parmi les créances insaisissables, celle résultant de la constitution d'une caution, fût-ce à première demande"*. En outre, il répond à l'argument bancaire: *"Attendu que la renonciation contractuellement acceptée par ce (donneur d'ordre) de ne pas discuter l'appel de la garantie à première demande, dans le cadre de ses relations d'affaires avec le (bénéficiaire) ne constituait pas pour autant, sous peine de déni de justice, une sorte de carcan qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son contractant, au point de lui interdire d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises"*... *"Attendu, en effet que le (donneur*

d'ordre), loin de renier son engagement, fait de la garantie à première demande l'assiette de la mesure conservatoire qu'il a pratiquée, et que la renonciation qu'il a souscrite à discuter l'appel de garantie ne l'empêche pas de faire valoir un droit de créance à l'égard de son cocontractant et ne lui interdit pas d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français, (en particulier celle de la saisie-arrêt)".

373. La motivation du tribunal met clairement en évidence la différence fondamentale entre la procédure du référé et celle de la saisie-arrêt. L'octroi d'un référé suppose en effet que la demande du bénéficiaire soit illégitime, en d'autres termes, qu'il n'ait pas droit au paiement; à l'inverse, dans la saisie-arrêt, le donneur d'ordre ne conteste pas le droit du bénéficiaire au paiement de la garantie. Au contraire, c'est dans la mesure où ce droit existe que le juge pourra ordonner saisie de la créance, objet de ce droit. Il le fait au nom de l'existence d'une autre créance que le donneur d'ordre possède par ailleurs contre le bénéficiaire.

§2. Le précédent: la saisie-arrêt en matière de crédit documentaire en droit français.

374. Les auteurs français (233) fondent la reconnaissance de la saisie-arrêt en matière de garantie automatique sur celle consacrée en matière de crédit documentaire. L'attendu principal du tribunal de grande instance de Paris reprend d'ailleurs un passage des conclusions de l'avocat général Cunéo (234) lors de la première reconnaissance jurisprudentielle de la saisie-arrêt de la créance née d'un crédit documentaire: *"Aucune disposition légale non plus qu'*

aucun principe juridique ne mettent obstacle à la possibilité pour l'acheteur d'une marchandise qui a fait à son vendeur un crédit confirmé irrévocable de pratiquer saisie-arrêt sur le crédit s'il justifie d'un principe certain de créance ... La solution contraire ouvrirait la porte à toutes les malhonnêtetés et aurait pour effet de mettre l'acheteur à la merci absolue de son vendeur."

375. Il s'agissait, pour la doctrine et la jurisprudence françaises de valider la saisie-arrêt chaque fois que l'acheteur donneur d'ordre du crédit documentaire pouvait, malgré la remise de documents conformes de la part du bénéficiaire, le vendeur, faire valoir contre celui-ci une créance née de sa mauvaise exécution du contrat d'achat-vente. Dans ce cas, les conditions de la saisie-arrêt sont en effet réunies: l'acheteur est créancier du vendeur, ce dernier ayant mal exécuté son engagement malgré la remise au banquier de documents conformes et rien n'interdit la saisie-arrêt sur soi-même ou sur son mandataire des sommes dûes à son propre créancier.

A ce sujet, la jurisprudence française (235) est unanime et la doctrine majoritaire belge et française (236) ne conteste pas son raisonnement. Certes, certains auteurs "commercialistes", belges en particulier (237) , le regrettent et notent que *"de telles solutions aboutissant à tourner les principes universellement admis en matière de crédit irrévocable sont les plus discutables"* (238). Au nom de la fonction du crédit documentaire, ils souhaitent que les juges ne permettent la saisie-arrêt que dans les cas exceptionnels où il appert que le contrat de vente n'a pas été exécuté conformément au contrat commercial et que la fraude du bénéficiaire est manifeste.

376. Le droit allemand (239) reprend et justifie ce souhait. Le droit de créance que le donneur d'ordre invoque contre le bénéficiaire en affirmant la non-exécution du contrat de vente est d'autant moins *"certain dans son principe"* que la demande du donneur d'ordre contredit le "pactum de non petendo" (240) que représente la clause d'accréditif dans le contrat d'achat-vente.

Le droit allemand propose de restreindre à deux cas les possibilités pour le donneur d'ordre de saisie-arrêter le montant de la créance née du crédit documentaire:

- Premièrement, l'importateur donneur d'ordre peut saisir-arrêter la créance de l'exportateur bénéficiaire lorsque le premier est créancier du second sur base de rapports étrangers à l'opération génératrice du crédit documentaire. Il faut évidemment que cette créance externe soit "*certaine, exigible et liquide*" (241) pour fonder la saisie.

- Secondement, l'importateur donneur d'ordre peut saisir-arrêter la créance du bénéficiaire - exportateur en vertu de l'opération même lorsque la mauvaise foi de ce dernier est à ce point évidente , malgré la remise de documents conformes , que la demande du donneur d'ordre de saisir-arrêter ne se heurte pas au "pactum de non petendo" conclu par la clause d'accréditif. Dans ces hypothèses exceptionnelles (242), la créance de l'importateur donneur d'ordre pour inexécution fautive par l'exportateur des obligations du contrat de vente est certaine: elle peut renverser la présomption de bonne exécution fondée sur la remise de documents.

Ces conclusions de la doctrine allemande sont reprises dans les pays étrangers (243). Elles restreignent sensiblement les possibilités du donneur d'ordre de saisir-arrêter la créance du bénéficiaire et s'opposent de ce fait à la tendance française (244). Hormis le cas où le donneur d'ordre peut se

prévaloir d'une créance externe à l'opération commerciale, origine du crédit documentaire, la saisie-arrêt de ce crédit ne peut être admise que dans les mêmes hypothèses que celles d'octroi d'un référé à savoir les cas de fraude manifeste du bénéficiaire. Il convient toutefois d'examiner si ces conclusions sont applicables à la saisie-arrêt de la créance née de la garantie automatique ?

§3. La signification de la saisie-arrêt en matière de garantie automatique

377. Dans une procédure de saisie-arrêt en matière de garantie automatique, les parties se présentent autrement que dans une procédure de saisie-arrêt en matière de crédit documentaire. Crédit documentaire et garantie bancaire suivent en effet des schémas inverses (245). Dans la garantie, l'exportateur est donneur d'ordre et l'importateur, bénéficiaire. La créance saisie est donc celle qui est née de la garantie automatique, c'est à dire celle qui couvre non l'obligation de paiement, mais la bonne exécution de la prestation. La créance du saisissant peut donc avoir trois origines différentes :

1. L'exportateur donneur d'ordre de la garantie peut être créancier du bénéficiaire au titre d'une opération totalement distincte de celle qui est à l'origine de la garantie.

2. Deuxième hypothèse soulevée par le tribunal français : le donneur d'ordre de la garantie dispose contre le bénéficiaire d'une créance au paiement du prix des prestations dont l'exécution est couverte par la garantie.

3. Le donneur d'ordre invoque contre le bénéficiaire la créance en dommages et intérêts qui naît de l'appel abusif de celui-ci à la garantie automatique.

378. Dans la troisième hypothèse, celle de l'appel abusif du bénéficiaire, la saisie-arrêt nous apparaît impossible. Deux arguments sont invoqués: un premier argument d'ordre procédural affirme l'absence de créance actuelle dans le chef du saisissant. Faute de créance contre le bénéficiaire, le donneur d'ordre ne peut saisir la créance du bénéficiaire. En effet, quelle serait la créance invoquée par le donneur d'ordre ? Il ne pourrait s'agir que de la créance en dommages et intérêts dont le donneur d'ordre disposera suite à l'appel abusif du bénéficiaire. Un tel appel constitue en effet une violation du contrat de base et doit permettre une action en dommage et intérêt s'il y a paiement bancaire. La créance en dommages et intérêts n'est donc pas née au moment de la saisie et ne naîtra pas s'il y a saisie. Dès lors, *"la saisie-arrêt, en vertu d'une créance que précisément on cherche à empêcher de naître est impensable"* (246).

Certains auteurs (247) opposent au premier argument qu'un principe certain de créance dans le chef du saisissant existerait dès l'appel à la garantie et jusitifierait dès lors la saisie-arrêt (248). Cette objection, même si elle devait être reçue, ne suffirait cependant pas à valider la saisie-arrêt en cas d'appel abusif. Un second argument contre la validité d'une telle saisie-arrêt peut être invoqué . Lorsque l'appel du bénéficiaire est abusif - c'est l'hypothèse examinée - la saisie-arrêt n'est pas possible à défaut de créance saisissable. En effet, le bénéficiaire en cas d'appel abusif n'a pas droit au paiement de la garantie et le donneur d'ordre ne peut prétendre saisir une créance dont il conteste précisément l'existence. En cas d'appel abusif, il nous semble dès lors que seule une demande en référé constatant le non droit du bénéficiaire au paiement est possible (249).

379. Ainsi, alors que la saisie-arrêt exercée par le donneur d'ordre d'un crédit documentaire est évoquée principalement à propos de l'appel abusif par le bénéficiaire et a dès lors quasiment le même champ d'application que la procédure en référé, la saisie-arrêt en matière de garantie automatique n'est pas possible lorsqu'il y a appel abusif du bénéficiaire. Elle ne peut être octroyée que lorsque la créance invoquée est soit une créance totalement étrangère à l'opération garantie, soit la créance du donneur d'ordre vis-à-vis du bénéficiaire relative au paiement du prix. Dans ces deux hypothèses, la saisie-arrêt, comme le note la décision française, non seulement ne conteste pas le droit au paiement du bénéficiaire, mais au contraire, elle en fait l'assiette de la mesure conservatoire demandée. En matière de garantie automatique, les hypothèses de saisie-arrêt ne rejoignent en aucune manière les hypothèses de référé .

Article 2.: La légitimité de la saisie-arrêt en matière de garantie automatique et ses conséquences.

§1. Les objections à la légitimité de la saisie-arrêt

380. Après avoir restreint le domaine de la saisie-arrêt pratiquée par le donneur d'ordre sur la créance du bénéficiaire aux deux hypothèses décrites à l'article précédent, il faut encore en examiner la légitimité. En effet, certains arguments ont été invoqués contre cette procédure. Ils se résument dans les affirmations suivantes: *"La saisie-arrêt est contraire au sens même de la garantie à première demande"* (250); *"Elle est en effet un moyen de réaliser l'interférence du rapport principal sur la garantie, interférence exclue par la volonté des parties"* (251). La cause de la garantie automatique comporterait une renonciation à l'exercice de la saisie-arrêt (252), renonciation valable

parce que *"spéciale, limitée, restreinte à l'exercice de telle ou telle prérogative déterminée"* (253).

381. Ces arguments ne sont guère convaincants: ils attestent une confusion entre le fondement de la saisie-arrêt et celui du référé. S'il est exact que la clause de garantie contient une clause de renonciation à contester en justice le bien-fondé de l'appel à la garantie, ce "pactum de non petendo" a une limite, celle de la fraude manifeste du bénéficiaire (253). En dehors de cette hypothèse exceptionnelle, il est exclu que le donneur d'ordre agisse en justice contre le bénéficiaire par voie de référé.

Mais si le donneur d'ordre renonce effectivement par la clause de garantie automatique à invoquer en justice les exceptions relatives à la prestation-garantie, il ne semble pas pour autant renoncer à invoquer des droits et des créances autres que ceux qui sont relatifs à ladite prestation.

Comme le note Mouly (254), *"La garantie à première demande ne nous semble pas contenir les actes manifestant sans équivoque* (255) *la volonté de renoncer à une mesure de saisie-arrêt qui repose sur une créance extérieure à l'obligation garantie"*. Mais, il s'agit précisément de savoir ce que l'on entend par créance extérieure à l'obligation garantie. Nous avons distingué deux hypothèses de saisie-arrêt. Dans la première, la créance du saisissant est extérieure au marché à l'occasion duquel la garantie a été émise; dans la seconde, la créance du saisissant naît de la non-exécution de la prestation du bénéficiaire envers le donneur d'ordre, à savoir le paiement du prix. Ne faut-il pas conclure que la clause de la garantie automatique, si elle n'emporte pas renonciation à invoquer la créance du donneur d'ordre fondée sur un autre marché, entraîne par contre *"renonciation à toute saisie-arrêt qui reposerait sur une créance issue du même rapport contractuel"* (256), en particulier la créance en paiement du prix ?

382. Il a été fréquemment affirmé que la clause de garantie automatique était, dans nombre de contrats internationaux, la contrepartie de clauses de paiement particulièrement rigoureuses. C'est dans la mesure où l'importateur accepte de couvrir les risques liés à l'exécution de la prestation de paiement, que l'exportateur, à son tour, prend en charge les risques liés à l'exécution d'une prestation de faire. La clause de garantie automatique n'entraîne pas, du moins a priori, renonciation à invoquer par saisie-arrêt les retards ou défauts de paiement du bénéficiaire de la garantie. La demande de saisie-arrêt, dans cette hypothèse, reste absolument conforme à l'équilibre d'intérêts mis en place par le contrat de base. Elle suppose évidemment que la créance invoquée par le donneur d'ordre contre l'importateur bénéficiaire soit certaine, exigible et liquide.

383. Une autre objection à la validité de la saisie-arrêt est parfois soulevée. La saisie-arrêt est, dit-on, *"l'antichambre de la compensation"*. Or la garantie automatique exclut - souvent même expressément - l'exception de compensation que le donneur d'ordre pourrait opposer au bénéficiaire(257). Elle exclurait donc indirectement son préalable: la saisie-arrêt. A cette objection, on peut répondre que, si la saisie-arrêt de la créance née de la garantie automatique peut effectivement aboutir à la compensation, ce mode d'extinction de la dette n'est cependant pas l'effet recherché par le saisissant. Ce que veut celui-ci, c'est le respect de l'équilibre et de la réciprocité des prestations; ce qu'il recherche, c'est l'exécution des prestations réciproques et non leur extinction que la compensation permettrait d'opérer *d'office*.

§2. Les conséquences

384. La saisie-arrêt frappe d'indisponibilité la créance que le tiers doit au débiteur. Cette indisponibilité s'entend du montant total de la créance saisie et non du montant correspondant à la créance du saisissant. C'est l'opinion que, suivant la jurisprudence (258), tient l'ensemble de la doctrine belge(259) et française (260).

§3. Les cas particuliers de la contre-garantie

385. Les incertitudes qui entouraient la question de l'action en référé demandée par le garant et non par le bénéficiaire, n'existent plus ici. Lorsque le donneur d'ordre veut saisir-arrêter auprès du contre-garant la créance née de la garantie, il se heurte à une objection dirimante. En effet, s'il peut exister une créance du donneur d'ordre saisissant contre le bénéficiaire, la créance saisie ne concerne pas les mêmes personnes dans la mesure où la demande du garant est une demande propre. Le droit du garant au paiement de la contre-garantie ne peut donc être l'objet d'une saisie. (261). Reste éventuellement la possibilité pour le donneur d'ordre de saisir-arrêter la créance née de la garantie directement auprès du garant si la procédure du pays du garant permet une telle possibilité (262).

386. La distinction entre l'hypothèse de la garantie émise directement et celle de la garantie émise indirectement peut étonner. Ni la doctrine ni la jurisprudence relatives au crédit documentaire ne l'évoquent. Que le paiement du crédit documentaire ait été effectué par la banque émettrice ou par la banque con-

firmatrice, on admet dans les deux cas la saisie-arrêt des sommes auprès de la banque émettrice. Dans le crédit documentaire, la justification de cette non-distinction serait la suivante: la banque émettrice du donneur d'ordre joue le rôle principal et est débitrice directe du bénéficiaire de la garantie. Lorsque la banque confirmatrice paie le bénéficiaire, elle le fait en tant que débiteur solidaire et réclame dès lors le remboursement comme simple mandataire du bénéficiaire du paiement. Sa créance n'est donc pas autonome par rapport à celle du bénéficiaire: par conséquent, elle peut être l'objet d'une saisie-arrêt par le donneur d'ordre. A l'inverse, dans la garantie, c'est la banque du bénéficiaire de la garantie qui joue le rôle essentiel dans le cas où une contre-garantie intervient; la banque contre-garante n'a pas de relation juridique directe avec le bénéficiaire, elle n'intervient qu'en remboursement du garant. Le droit du garant au remboursement est donc un droit propre et ne peut se confondre avec le droit du bénéficiaire au paiement de la garantie.

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

"On dit que, suivant la nature, commettre l'injustice est un bien, la subir, un mal, mais qu'il y a plus de mal à la subir que de bien à la commettre. Aussi quand les hommes se font et subissent mutuellement des injustices et qu'ils en ressentent le plaisir ou le dommage, ceux qui ne peuvent éviter l'un et obtenir l'autre, jugent qu'il est utile de s'entendre les uns avec les autres pour ne plus commettre ni subir l'injustice. De là prirent naissance les lois et les conventions des hommes entre eux, et les prescriptions de la loi furent appelées légalité et justice. Telle est l'origine et l'essence de la justice. Elle tient le milieu entre le plus grand bien, c'est-à-dire l'impunité dans l'injustice, et le plus grand mal, c'est-à-dire l'impuissance à se venger de l'injustice. Placée entre ces deux extrêmes, la justice n'est pas aimée comme un bien, mais honorée à cause de l'impuissance où l'on est de commettre l'injustice. Car celui qui peut la commettre et qui est véritablement homme se garderait bien de faire une convention aux fins de supprimer l'injustice ou commise ou subie: ce serait folie de sa part. Voilà donc, Socrate, quelle est la nature de la justice, et l'origine qu'on lui donne".

(PLATON, La république, 358°)

390. Le droit est chose vivante. Les institutions juridiques sont incompréhensibles en dehors des réalités humaines concrètes qu'elles cherchent à organiser. Ainsi, la garantie bancaire automatique délivrée dans le commerce international ne peut se comprendre sans l'analyse du contexte dans lequel elle a pris naissance.

391. Par la garantie automatique, la banque assure, à la demande et pour le compte de son mandant, l'exportateur ou une banque intervenue pour celui-ci, la bonne fin d'un marché international complexe et de durée. Son engagement doit couvrir l'ensemble des risques liés à l'exécution d'une telle opération, en particulier, les risques liés, d'une part au devoir de comportement de l'exportateur au cours de la réalisation et, d'autre part, à sa responsabilité globale. Il couvrira en outre l'importateur des risques juridictionnels.

392. Pour offrir une telle sécurité à l'importateur, il est nécessaire que l'engagement bancaire soit indépendant des relations juridiques originelles, l'opération commerciale de base et l'ouverture de crédit. La banque s'oblige donc à payer à première demande nonobstant toute exception tirée de ces relations. L'abstraction de la garantie automatique s'appuie en définitive sur ces usages nécessaires du commerce international (1).

393. En outre, au sein de l'opération à la grande exportation, la délivrance de la garantie automatique a une signification particulière. Elle répond à un rééquilibrage naturel des intérêts complémentaires propres aux parties à la convention: l'exportateur désire disposer de moyens de

paiement sûrs; l'importateur veut une garantie liquide qui constitue pour lui le meilleur moyen de pression. Cette analyse souligne l'unité téléologique de chaque phase de l'opération multilatérale. Elle en déduit que l'exportateur, par son acceptation de l'émission d'une garantie automatique, voit transformée sa relation avec son contractant, l'importateur, et s'engage dès lors à respecter ce nouvel équilibre des intérêts en présence.

394. La présentation du droit de la garantie automatique dans les différents systèmes juridiques s'écarte souvent, il faut le reconnaître, de cette approche. L'abstraction de la garantie automatique y est présentée comme une réalité en soi. On la compare ou l'identifie à celle du crédit documentaire; on l'explique par des constructions théoriques, sans se référer au donné concret de l'institution. A cette approche doctrinale, s'oppose l'approche jurisprudentielle. Le juge,confronté à la réalité des faits, a souvent quelque peine à se satisfaire des affirmations de la doctrine. C'est à travers la jurisprudence, que progressivement est apparue la complexité de l'institution. Le dogme de l'abstraction s'est progressivement effacé; à l'inverse, la limite de l'abstraction de la garantie automatique - ce que la doctrine appelait la mauvaise foi du bénéficiaire,évidente c'est-à-dire susceptible de preuve immédiate - s'est progressivement élargie: les "cas-limites" se sont multipliés.

395. On conçoit aisément les troubles et les incertitudes que les mouvements contradictoires de la doctrine et de la jurisprudence ont provoqués, troubles et incertitudes préjudiciables à une institution conçue au départ comme standard du commerce international. La maturité de l'institution, disions-nous dans l'introduction, doit se trouver dans l'équilibre

de ces mouvements. Cet équilibre, nous l'avons construit à partir de l'analyse de la finalité de l'institution au sein de l'ensemble de l'opération commerciale. Les notions de "cause" et de "groupe de contrats" nous ont aidé à traduire concrètement les principes de cet équilibre, c'est-a-dire à préciser le degré exact d'abstraction de la garantie en question. Si ces principes confirment le devoir de neutralité de banquier, ils augmentent les responsabilités des juges et des arbitres (2).

396. On objectera que ces principes auront pour effet d'augmenter l'insécurité de la garantie automatique. L'accroissement du pouvoir d'intervention du juge ou de l'arbitre ne créera-t-il pas une méfiance des pays importateurs à l'endroit de la garantie automatique et ne provoquera-t-il pas un retour aux anciennes formes de sûretés réelles, lourdes et onéreuses pour l'exportateur ? Nous ne le croyons pas. Les propositions faites n'ont pas pour but de remettre en cause l'intérêt légitime du bénéficiaire à disposer d'un moyen de pression permanente et une couverture contre les incertitudes touchant le bien-fondé de son appel à la garantie. Au contraire, elles cherchent à décrire le plus précisémment possible les hypothèses limitées d'intervention du juge ou de l'arbitre, et se réfèrent pour cela à l'équilibre que toutes les parties à l'opération complexe ont convenu entre elles. Seul le respect de cet équilibre peut amener la sérénité dans les relations du commerce international et consacrer définitivement la garantie automatique.

397. Il ne sert donc plus à rien de réclamer la résurrection des anciennes formes de sûretés personnelles. Celles-ci ne correspondent pas aux nécessités des opérations à garantir. Si la complexité, la durée et l'in-

ternationalisation des contrats imposaient la légitimité de la garantie automatique, il restait à en décrire la réalité exacte. Tel a été "le sens et le but" de notre effort.

"Telle situation juridique (le cautionnement) est dorénavant abolie car elle est tombée en désuétude et ne représente plus qu'un vain nom. Nous qui tenons à la vérité, nous ne voulons accepter dans nos lois que ce qui existe dans la réalité des faits".

(Justinien, Cod. 7, 5, 1)