

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER INTERNATIONAL



GEORGES AFFAKI
Professeur des
universités associé
Avocat à la Cour



**JULIETTE
MOREL-MAROGER**
Maître de conférences HDR
Université Paris Dauphine
– PSL Research University
– Cr2D



ALINE TENENBAUM
Maître de conférences
Faculté de droit
Université Paris-Est
Créteil

Contre-garantie indépendante – Appel manifestement abusif – Collusion frauduleuse – Moment de preuve – Article 2321 al. 2 du Code civil.

Com. 3 mai 2016, 14-28.962, 408, National Bank of Abu Dhabi c/ Atradius.

Commentaire de Georges Affaki

1. Cet arrêt est destiné à rejoindre le panthéon des grands arrêts fondateurs du droit de la garantie indépendante, s'inscrivant résolument dans la ligne des arrêts *Creusot Loire*¹, *Omnium Technique*² ou encore *Banque Tejarat*³.

À l'image du contrat sous-jacent, les faits sont complexes ; la décision des juges du fond les relate en détail. L'apport de l'arrêt se situe au niveau du principe de droit énoncé par la Cour de cassation.

2. **Les faits.** Le 12 janvier 2011, la société française Litwin a conclu avec la société égyptienne N-Fert un contrat de fourniture d'usine de production d'acide sulfurique et de superphosphates. Comme exigé dans le marché, l'exportateur a demandé à la succursale en Égypte de National Bank of Abu Dhabi (NBAD) d'émettre en faveur de l'acheteur N-Fert une garantie de restitution d'acompte et une garantie d'exécution. Ces deux garanties ont été contre-garanties par la succursale française de NBAD, elle-même contre-garantie par la société d'assurance crédit néerlandaise Atradius.

Le 26 janvier 2012, l'acheteur résiliait le contrat avant le début de son exécution, faisait révoquer par la banque émettrice le crédit documentaire devant assurer le paiement du prix et appelait les deux garanties de premier rang. Le même jour, le garant de premier rang demandait à son contre-garant, NBAD Paris, de payer les deux contre-garanties correspondantes. Dès le lendemain, NBAD Paris mettait en jeu les contre-garanties d'Atra-

dius. Que le refus d'Atradius de s'exécuter y trouve sa cause ou non, Litwin a été placée en redressement judiciaire puis en liquidation le 1er mars 2012.

3. Litwin assigna en référé N-Fert devant le tribunal de commerce de Paris. Par ordonnance sur requête en date du 27 janvier 2012, celui-ci interdit à NBAD Paris de payer ses contre-garanties à NBAD Égypte et, par une autre ordonnance du 13 février 2012, interdit à Atradius de payer ses contre-garanties à NBAD Paris pour abus manifeste dans l'appel aux garanties. Entre-temps, le 8 février 2012, NBAD Égypte payait au bénéficiaire la totalité du montant des garanties appelées. Une transaction signée le 14 mai 2012 et homologuée mit fin au litige entre l'exportateur et l'acheteur au titre de laquelle l'exportateur renonçait à contester la résiliation du contrat commercial et la mise en œuvre par l'acheteur des garanties bancaires en contrepartie du versement d'une indemnité transactionnelle par l'acheteur.

Le 22 octobre 2012, NBAD Paris payait les contre-garanties à NBAD Égypte avec les intérêts de retard.

4. **La procédure.** Atradius assigna NBAD Paris devant le tribunal de commerce de Paris demandant, au principal, la nullité pour absence de cause, ou pour fausse cause, des contre-garanties émises par NBAD Paris au bénéfice de NBAD Égypte s'agissant de deux succursales d'une même personne morale et, pour la même raison, la nullité des contre-garanties émises par Atradius en faveur de NBAD Paris. Subsidiairement, Atradius demandait que l'appel par NBAD Paris des contre-garanties d'Atradius soit jugé manifestement abusif au sens de l'article 2321 du Code civil, car l'accord transactionnel du 14 mai 2012 entre N-Fert et Litwin était, selon l'argument, frauduleux en prévoyant le partage entre les parties des sommes abusivement appelées auprès de la banque garante. Atradius tire, en outre, du paiement par NBAD Égypte des garanties au bénéficiaire N-Fert, nonobstant l'interdiction en référé du paiement pour abus manifeste, l'argument que la banque était au courant de cet abus, ce qui rendait également manifestement abusif l'appel par NBAD Égypte des contre-garanties émises par NBAD Paris.

1. Com. 20 décembre 1982 (2 arrêts), 81-12579.

2. Com. 27 novembre 1984, D. 1985, somm. 269, obs. Vasseur.

3. Com. 11 décembre 1985, 83-14457.

5. **La décision du tribunal de commerce.** Dans son jugement du 27 juin 2013⁴, le tribunal de commerce de Paris commence par qualifier les contre-garanties émises par Atradius en garanties autonomes. Quoique les contre-garanties se réfèrent à l'engagement de NBAD de contre-garantir les opérations effectuées par Litwin dans le cadre du marché conclu avec N-Fert à concurrence des sommes dont Litwin serait reconnu débiteur au titre du marché, le tribunal jugea que « cette référence au contrat de base n'est pas susceptible de modifier la nature de ces contre-garanties dans la mesure où leur mise en œuvre n'implique pas une appréciation des modalités d'exécution de ce contrat de base pour l'évaluation des montants garantis, et qu'elles comportent une stipulation de l'inopposabilité des exceptions ».

6. La décision est juste. Dans la qualification qu'elle retient des contre-garanties litigieuses d'abord. Ce n'est pas dans leur libellé d'engagement « direct, irrévocable et inconditionnel » qu'il faut chercher la réelle intention des parties ; c'est bien dans l'objet de la garantie : s'agit-il de l'engagement de payer la dette du débiteur ou d'une dette autonome du garant⁵ ? Dans le premier cas, la qualification d'engagement accessoire s'impose ; dans l'autre cas, celle d'engagement indépendant. La décision ne se réfère qu'indirectement aux termes de l'engagement, sans les citer exactement. On y lit l'engagement de « rembourser » NBAD Paris des sommes payées et dont Litwin « serait reconnu débiteur au titre du marché ». L'on ne peut qu'être troublé par ces références marquées à l'exigence d'établir la responsabilité du débiteur principal à la fois comme condition et comme mesure du paiement de la contre-garantie. Mais le juge du fond est souverain dans son appréciation des faits. Il a pu ainsi conclure, en l'espèce, à la prévalence des indices de l'autonomie, dont la référence dans les contre-garanties à l'article 2321 du Code civil et l'engagement reconnu par le souscripteur comme étant autonome et pris à titre principal. La référence au marché de construction est dès lors considérée par le juge comme insuffisante pour disqualifier l'engagement de sa nature autonome. Cette conclusion se revendique d'une jurisprudence constante⁶ et des normes internationales en matière de garanties indépendantes qui recommandent la référence au contrat sous-jacent pour individualiser l'objet de la garantie et éviter qu'elle se transforme en chèque⁷.

7. Le tribunal rejette ensuite l'argument de la nullité des contre-garanties entre les succursales de la même personne morale NBAD ce qui, selon l'argument, aurait privé de cause les contre-garanties d'Atradius. Il soutient sa décision à la fois par le rappel que la cause de la contre-garantie réside dans le contrat sous-jacent⁸ et non dans la garantie, et par un argument de bonne foi en notant qu'Atradius « n'ignorait pas » cette situation au moment de

l'émission des contre-garanties. Là également la décision est juste. Elle aurait mérité d'être étayée en outre par une référence au principe de l'autonomie des succursales de banque localisées dans les pays différents qui, reconnu par l'Association de droit international⁹, aboutit à reconnaître à chacune de ces succursales la qualification d'élément de rattachement distinct pour la détermination de la loi applicable, la possibilité de prendre des engagements autonomes distincts, d'être assujettie à la juridiction du régulateur bancaire local et, souvent, d'être astreinte à des normes prudentielles propres. Cette Chronique a déjà accueilli à deux reprises dans le passé nos développements sur ces points¹⁰. Nous y renvoyons nos lecteurs.

8. Quant à l'argument de collusion entre les parties au contrat de construction au détriment du droit des banques garantes, le tribunal rappelle la jurisprudence constante exigeant que la preuve du caractère manifestement abusif ou frauduleux de l'appel de la garantie par le bénéficiaire soit connue par le garant de premier rang au moment où il appelle la contre-garantie¹¹ : « L'appel d'une contre-garantie par le garant de premier rang est abusif si l'appel de la garantie de premier rang est manifestement abusif ou frauduleux et si, au moment où il appelle la contre-garantie, le garant de premier rang ne pouvait avoir lui-même aucun doute sur la réalité de ce caractère manifestement abusif ou frauduleux. Dès lors, il ne s'agit pas tant de savoir si l'appel de N-Fert était manifestement abusif mais de savoir si NBAD en appelant Atradius ne pouvait avoir aucun doute sur ce caractère. »

Et de conclure qu'aucune telle preuve n'est établie. Rien n'empêchait dès lors la condamnation d'Atradius à payer ses contre-garanties avec les intérêts de retard calculés à compter de la date de l'appel de ces contre-garanties.

9. Là également la décision est irréprochable. On note en passant qu'à sa promulgation par l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, le deuxième alinéa de l'article 2321 selon lequel « le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre » avait été largement dénoncé comme reflétant une erreur dans l'identification des acteurs concernés. Il s'agissait de viser la collusion frauduleuse entre le bénéficiaire et le garant de premier rang. Même s'il est très probable que l'erreur de plume soit avérée, l'on constate que le cas de collusion entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, quoique rare, n'est pas inconcevable.

10. **L'arrêt d'appel**¹². De manière inattendue, l'arrêt de la cour d'appel vint infirmer la décision de première instance sur deux points essentiels : la structure des garanties indirectes et la preuve de la fraude dans la contre-garantie. Au lieu de trois garanties autonomes qui se succèdent dans une chaîne de contre-garanties, la cour

4. RG 2012040613.

5. Com. 8 octobre 2003, 01-10144 ; Com. 11 juin 2002, 00-15-321.

6. Voir Com. 7 juin 2006, 05-11.779.

7. RUGD, article 5.

8. Civ. 1re, 18 novembre 1992, 90-21314 ; Paris, 5e ch. com., 11 février 1993, *Juris-Data* 022069.

9. G. Affaki, *Chronique de droit bancaire international*, n° 145, septembre-octobre 2012, p. 21 et s.

10. G. Affaki, *Chronique de droit bancaire international, Banque et Droit* n° 92, novembre-décembre 2003, p. 67 et s. ; septembre-octobre 2012, n° 145, p. 21 et s.

11. Paris, 1re ch. A, 14 décembre 1987, D. 1988 somm. 249, obs. Vasseur ; *Rev. arb.* 1989, 240, obs. Vasseur ; *Banque*, 1988, 236, obs. Rives-Lange ; confirmé par Com. 30 octobre 1989. Paris 14e ch. A, 12 mars 2003, *Fortis Bank NV c/ Banque Intercontinentale Arabe, Cofagrains et Glencore International AG*, inédit. Paris, 14e ch. com., 30 septembre 1994, *CPA c/ CSEE, Juris-Data* 024126.

12. Paris, 2, 5, 25 novembre 2014, n° 13/15819.

n'y vit que deux : les garanties de premier rang émises par la succursale égyptienne de NBAD au profit de l'acheteur et les contre-garanties émises par Atradius au profit de NBAD « puisque NBAD France, en tant que succursale, n'est pas une personne morale distincte de NBAD pas plus d'ailleurs que NBAD Égypte »¹³. Ce motif est surabondant et gravement dommageable pour la pratique établie dans les opérations internationales de banque consistant à considérer une succursale de banque à l'étranger comme une entité autonome¹⁴. Ceci d'autant plus qu'Atradius avait accepté d'émettre ses contre-garanties en faveur de la succursale de NBAD à Paris en considération de l'émission par cette dernière de contre-garanties en faveur de la succursale de la même banque au Caire pour permettre l'émission des garanties de premier rang.

11. La cour aurait pu se limiter à son constat que NBAD Égypte avait demandé à NBAD Paris le « remboursement » des sommes payées au bénéficiaire, ce que la cour interpréta souverainement comme ne pouvant « être qualifiée d'exécution d'une contre-garantie », mais plutôt « d'un simple transfert de fonds pour des raisons de change ». Le point est valable. L'on peut effectivement voir une différence entre un engagement de remboursement et celui de payer à concurrence du montant indiqué dans la contre-garantie. Dans le premier cas, le paiement préalable par le garant de premier rang doit être prouvé afin que le droit au remboursement devienne exigible. L'automaticité du paiement autonome s'en trouve amoindrie. Seulement, au lieu de confiner son constat au cas d'espèce en conséquence des termes malheureux utilisés dans la contre-garantie, la cour d'appel choisit de lui donner l'élan d'un principe général en bannissant toute possibilité d'engagement autonome distinct entre deux succursales de la même personne morale. C'est l'ensemble de la doctrine de l'autonomie de la succursale de banque qui en sort ébranlé.

12. Mais la cour prolonge ses errements. Examinant le caractère prétendument abusif de l'appel de la contre-garantie d'Atradius par NBAD – désormais considérée en ses deux succursales en tant que personne morale unique – la cour jugea : « l'appel d'une contre-garantie est abusif si l'appel en garantie l'est également ». Tournant le dos à plus de 30 ans de jurisprudence constante de la Cour de cassation¹⁵, la cour d'appel concluait désormais à l'irradiation de la contre-garantie autonome par la fraude établie dans la seule garantie de premier rang, la preuve de la première aboutissant alors *ipso jure* à la corruption de la seconde.

13. Il manquait au dénouement le constat de l'abus manifeste dans l'appel de la garantie de premier rang. La cour n'eut aucune hésitation à l'identifier dans l'appel de la garantie par l'acheteur « puisque l'exécution du contrat en Égypte, objet de la garantie, n'avait nullement commencé ». Est-ce là la norme d'abus manifeste établie dans notre droit

par des arrêts fondateurs comment l'arrêt SAE¹⁶ ou encore l'arrêt Banque Indosuez¹⁷ où la caractérisation de l'abus ne laissait aucun doute ? Ne s'agit-il pas là précisément du type de faits liés aux modalités d'exécution du contrat de base que la jurisprudence avait constamment refusé dans le passé de considérer comme suffisants pour justifier une ingérence dans le rapport entre les parties et paralyser le mécanisme de paiement autonome¹⁸ ?

14. L'arrêt ne convainc ni par son appréciation des faits amenant la cour à identifier un abus manifeste ni dans son énonciation d'un principe de droit gommant l'autonomie de la contre-garantie indépendante. La Cour de cassation ne pouvant rejuger les faits, elle censura le fondement erroné en droit.

15. L'arrêt de cassation. Succinct, limpide, l'arrêt n° 408 du 3 mai 2016¹⁹ cassa l'arrêt de la Cour d'appel pour violation de l'article 2321, alinéa 2, du Code civil. Dans un attendu de principe, la Haute juridiction affirma avec éclat le principe indispensable à l'efficacité de la contre-garantie autonome et, partant, du rayonnement du droit français en matière de financement international : « Attendu que le caractère manifestement abusif de l'appel de la contre-garantie ne peut résulter du seul caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang, mais suppose de démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion entre le garant de premier rang, bénéficiaire de la contre-garantie, et le bénéficiaire de la garantie de premier rang. »

16. La ligne de jurisprudence constante de la Cour de cassation est ainsi réaffirmée. Nul besoin de voir un changement de standard ou un durcissement de la preuve exigée. La collusion entre le garant et le bénéficiaire peut être établie par la preuve de la connaissance par le garant du caractère frauduleux ou abusif de l'appel de sa garantie. Cette connaissance peut être avérée ou présumée devant l'évidence de la preuve. Nul besoin d'établir en outre une complicité active dans la fraude.

17. On a pu s'interroger sur la pertinence du critère temporel dans l'établissement de la preuve de la fraude : « démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion », et s'inquiéter que le garant de premier rang se trouvât piégé entre l'exécution de son engagement et la déchéance de son droit à la contre-garantie si, entre le moment du paiement de la garantie et de l'appel de la contre-garantie, une fraude manifeste vient à lui être connue²⁰. La réponse n'est évidemment pas dans la préconisation au garant de premier rang de retarder le paiement de sa garantie jusqu'à sa réception du montant de la contre-garantie. Ceci irait à l'encontre

13. *Ibid.*

14. G. Affaki, chronique de droit bancaire international, *Banque et Droit* n° 145, septembre-octobre 2012, p. 21 et s.

15. Com. 12 décembre 1984, 83-15389; Com. 25 mars 1991, 89-11507; Com. 19 mai 1992, 90-16782.

16. Com. 11 décembre 1985, 83-14457.

17. Com. 2 décembre 1997, 95-17956.

18. Com. 19 février 1991, 89-19637 (les seuls griefs tirés des conditions d'exécution de ce contrat, à les supposer établis, ne sont pas susceptibles d'apporter la preuve d'une fraude ou d'un abus manifeste dans l'appel de la contre-garantie); Lyon, 6e ch., 20 avril 1989, *International Westminster Bank et National Bank of Yemen c/ ACEP Engineering et al.*, inédit (L'existence d'un différend entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire à la garantie en ce qui concerne les modalités d'exécution du contrat de base est inopérant et ne suffit pas à démontrer la réalité d'une fraude ou d'un abus manifeste dans l'appel de la garantie).

19. JCP G n° 25, 20 juin 2016, 721, obs. Ph. Simler; D. 2016, p. 1748, obs. E. Netter; RLD C n° 139 juillet-août 2016, p. 21, obs. P. Pailler.

20. E. Netter, note sous l'arrêt, D. 2016, p. 1748.

des attentes établies des parties et des usages codifiés en la matière²¹. Elle doit être trouvée plutôt dans l'esprit de l'arrêt qui vise à assurer la rigueur de l'engagement autonome et l'automaticité de son paiement dès lors que la demande est conforme et qu'aucune fraude manifeste n'est prouvée au moment de l'appel de la contre-garantie. Car c'est à ce moment précis que le droit du bénéficiaire de la contre-garantie, c'est-à-dire, le garant de premier rang, né à l'émission de la contre-garantie irrévocable, se cristallise et que sa créance devient exigible. Le bref délai qui pourrait courir entre la réception par le contre-garant de l'appel et le paiement effectif est de type administratif destiné à vérifier la conformité de la demande et, plus généralement, la conformité aux règlements antiblanchiment, corruption et embargos. Il n'est certainement pas

conçu pour justifier une enquête par le contre-garant ou le donneur d'ordre qui porterait sur le droit du bénéficiaire au titre du contrat sous-jacent. L'énonciation dans l'arrêt de « démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion » doit donc être lue comme une mesure de protection du garant de premier rang qui, de bonne foi et diligent, n'aurait pas trouvé de preuve de fraude dans l'appel à sa garantie et aurait aussitôt diligemment l'appel à la contre-garantie.

18. Rigoureuse, la garantie autonome l'est assurément. Mais son émission en ces termes exprime un choix délibéré par les parties au contrat sous-jacent. Elle est le compromis entre le dépôt d'espèces ou de titres et la promesse de paiement d'un débiteur accessoire. En dehors du cas de l'abus manifeste qui permet de geler les conséquences de la manœuvre illégale, la garantie et la contre-garantie autonomes doivent recevoir leur plein effet. ■

21. Les RUGD exigent à l'article 20(2) le paiement dès la détermination du caractère conforme de la demande.

Question préjudicielle – Directive 2002/47/CE – Notion de contrat de garantie financière et d'obligations financières couvertes – Compte bancaire courant avec clause de nantissement – Conditions de constitution de la garantie – Efficacité de la garantie – Incidence d'une procédure d'insolvabilité.

CJUE 10 novembre 2016 2016, aff. Private Equity Insurance Group SIA c/ Swedbank AS, aff. C-156/15.

Commentaire de Juliette Morel-Maroger

1. Le contentieux induit par les crises bancaires de ces dernières années et les faillites subies par certains établissements européens ne cesse de s'enrichir. C'est en l'espèce l'incidence de la faillite d'un établissement letton sur une créance détenue à son encontre par une banque suédoise et garantie par un nantissement de compte qui a donné lieu à un arrêt du 10 novembre 2016 de la Cour de justice. Saisie par les juridictions lettonnes par voie de question préjudicielle, la Cour de justice a ainsi l'occasion de se prononcer pour la première fois sur le régime des contrats de garantie financière instauré par la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002. Ce texte est destiné à harmoniser les contrats de garantie financière, simplifier leur constitution et renforcer leur efficacité en cas de procédure d'insolvabilité, plus spécialement dans un contexte transfrontière¹. Il apparaît comme favorisant l'intégration des marchés financiers européens mais est aussi destiné à renforcer la stabilité du système financier. Il s'agit ainsi d'éviter la réalisation de risques systémiques et de garantir la sécurité des marchés. Toutefois, il s'agit d'un texte qui utilise des concepts assez flous et qui peut ainsi donner lieu à de réelles difficultés d'interprétation.

2. En l'espèce, un contrat de compte courant avait été ouvert par un établissement letton, dont le successeur est depuis la Private Equity Insurance Group SIA dans les livres de la Swedbank. Une clause du contrat prévoyait le nantissement financier des sommes inscrites en compte afin de garantir toutes les créances de la banque teneur du compte. À la suite de la faillite de l'établissement le 25 octobre 2010, un nouveau contrat de compte courant comportant une clause similaire a été conclu. Le 8 juin 2011, la banque teneur du compte a prélevé une somme d'environ 274 euros destinée à régler les frais de tenue de compte pour la période allant jusqu'à la déclaration de la faillite de son client, prélèvement contesté par l'administrateur de la faillite au motif qu'il conduisait à rompre l'égalité de traitement entre les créanciers dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité. Les juridictions lettonnes ont rejeté sa demande en invoquant les dispositions nationales ayant transposé la directive 2002/47/CE qui permettent aux contrats de garantie financière d'échapper au concours avec les autres créanciers dans le cadre des procédures d'insolvabilité. On relèvera ainsi que c'est ici un litige aux enjeux financiers pour le moins négligeables qui donne l'occasion à la Cour, saisie de cinq questions préjudicielles par la Cour suprême de Lettonie, de préciser tant les contours des garanties financières objets de la directive, que leur régime juridique et plus spécialement les conditions de leur efficacité en présence d'une procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre du constituant.

3. S'agissant tout d'abord du champ d'application du texte, la Cour apporte d'utiles précisions quant à la nature des comptes et des créances susceptibles de faire l'objet d'un contrat de garantie financière au sens de la directive. Concernant la nature des comptes nantis, convient-il tout d'abord de considérer que ne peuvent être soumis au texte les seuls comptes destinés à être utilisés dans le cadre des systèmes de règlement des opérations sur titre ou qu'il peut au contraire porter sur n'importe quel compte bancaire? Autrement dit, faut-il considérer que le

1. H. de Vauplane, « Cadre juridique des garanties financières », RDBF, janvier 2007, dossier 2.