

qu'une faute a dû être commise était présente dans l'esprit de ceux qui ont rédigé l'article L. 341-4 du Code de la consommation et cette idée « plane en permanence au-dessus du sujet ».

S'agissant du caractère non exclusif du fait (de la faute) du créancier, en revanche, il est plus facile de se laisser convaincre. Comme l'observe l'avocat général, les vérifications que le créancier doit faire s'agissant de l'importance des biens et revenus de la caution reposent généralement d'abord sur les renseignements fournis par la caution elle-même. Au demeurant c'est à la caution de prouver le caractère disproportionné de son engagement le cas échéant, et non au créancier de prouver son caractère proportionné, ce qui s'explique, car le créancier ne peut normalement complètement savoir. De fait, « ce serait faire subir une torsion à la réalité que de retenir qu'un cautionnement manifestement disproportionné ressort du fait exclusif du créancier, fut-il professionnel ». On est assez d'accord. Pour autant l'argument tenant au caractère non exclusif du fait du créancier n'est peut-être pas totalement déterminant. Observons que la nécessité du caractère exclusif n'est pas formulée par l'article 2314 du Code civil à dire vrai. Ce n'est certes pas le cas non plus de l'exigence d'une faute puisque le texte vise simplement « le fait » du créancier. Mais l'exigence d'une faute – particulièrement lorsque c'est généralement bien plutôt une abstention qu'un fait que l'on sanctionne – est beaucoup plus facile à justifier que celle de l'exclusivité, dont paraît ne pas devoir dépendre une décharge qui peut être seulement partielle. D'ailleurs la Cour de cassation a jugé que le défaut d'exclusivité ne fait pas obstacle à la responsabilité du créancier⁹. La non-exclusivité de la

faute n'exclut donc pas toute possibilité de décharge.

Aussi bien, l'argument le plus intéressant ici sans doute, et même le seul qui soit réellement pertinent en définitive, est celui qui tient à l'idée que l'on ne peut reprocher au créancier tout à la fois d'avoir pris une garantie d'une part et, d'autre part, de n'avoir su la garder. C'est la contradiction qu'il y aurait à faire ce genre de chose qui a fait dire à l'avocat général que la question de l'application ici de l'article 2314 n'est pas loin d'être incongrue. Selon lui – et on ne peut que souscrire – on ne peut concevoir « que l'on puisse à la fois interdire à un créancier de se prévaloir d'un cautionnement parce que celui-ci était manifestement disproportionné au moment où il a été souscrit, puis sanctionner ce même créancier parce que les autres cautions ne peuvent pas non plus s'en prévaloir ».

S'il y a donc vraisemblablement bien une faute à recueillir un cautionnement excessif, du type de celles qui engagent votre responsabilité, il ne s'agit en revanche certainement pas d'une faute au sens de l'article 2314 du Code civil. On ne se trouve pas dans cette hypothèse, en effet, où, au mépris de la loyauté à laquelle il est tenu envers sa caution, le créancier néglige de constituer, de consolider ou d'invoquer un droit auquel il pouvait légitimement prétendre. Ce constat suffit.

Notons cependant qu'à ses analyses relatives aux conditions de mise en œuvre du bénéfice de subrogation, l'avocat général ajoutait un dernier argument, plutôt convaincant lui aussi et qui a pris la forme de la question suivante : comment accepter que « par un effet de domino un créancier perdrait d'un seul coup tous les cautionnements souscrits » tandis que « cette disparition généralisée surviendrait en conséquence d'une appréciation de la proportionnalité d'un seul de ces engagements » ? Assurément « une telle jurisprudence serait (aurait été) de nature à affecter grandement le crédit ». ■

J. Mestre et B. Fages.

9. V. Cass. com. 3 juill. 2007, *Juris-Data* n° 040009, cité par Ph. Simler, *op. cit.*, n° 832, note 213.

Garantie à première demande – Appel de la garantie – Respect des conditions de forme et de rédaction – Mise en jeu de la garantie par un avocat – Justification d'un pouvoir spécial.

Cass. com., 10 février 2015, n° 148 FS-P+B (n° 12-26580), Sté J & F Kruth GMBH c/ BNP Paribas

Après avoir énoncé que le strict respect des conditions de forme et de rédaction de l'appel d'une garantie à première demande, telles que prévues par la lettre de garantie et les Règles Uniformes de garanties sur demande, publication CCI n° 458, est la contrepartie de l'autonomie de la garantie, que le bénéficiaire doit les respecter pour mettre en jeu celle-ci et que le garant doit vérifier l'apparente régularité de la demande qui lui est adressée avant de payer, une cour d'appel retient que la demande de paiement de la garantie à première demande a été faite par l'avocat de la société bénéficiaire de la garantie, lequel devait justifier d'un pouvoir spécial à cette fin,

dont il n'est pas démontré qu'il ait été joint aux télécopies mettant en jeu la garantie ou aux lettres les confirmant. Par ces constatations et appréciations, rendant inopérante la recherche invoquée concernant la qualité de mandataire de l'avocat unanimement reconnue par la société bénéficiaire de la garantie et par le garant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Commentaire de Nicolas Rontchevsky

Selon la célèbre formule de Ihering, « la forme est la sœur jumelle de la liberté »¹. En matière de garantie à première demande, le respect des formes et modalités prévues pour la mise en jeu de la garantie, aux termes de la lettre émise par le garant en faveur du bénéficiaire, peut aussi être le prix de son autonomie et de l'auto-

1. *L'Esprit du droit romain*, 3e éd., T. 3, 1887, p. 164.

maticité de son exécution, comme le rappelle un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 février 2015², qui montre que le contentieux de l'exécution de la garantie autonome ne se limite pas à la fraude ou l'appel manifestement abusif.

En l'occurrence, une banque française a émis le 10 juin 2008 une garantie à première demande de restitution d'acompte d'un acompte de 108 000 euros en faveur d'une société de droit allemand, qui expirait le 30 septembre 2008. À la suite de la liquidation judiciaire du donneur d'ordre français ayant perçu l'acompte, la société bénéficiaire, par télécopie de son avocat du 25 septembre 2008 confirmée par lettre, a proposé au garant l'exécution de la garantie ou sa prorogation au 30 novembre 2008. Le garant ayant accepté cette seconde option, la société bénéficiaire, représentée par le même avocat, a appelé la garantie par télécopie du 25 novembre 2008, confirmée par courrier. Le garant a cependant refusé d'exécuter son engagement au motif que l'appel de la garantie par l'avocat de la société bénéficiaire n'était pas régulier. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 24 mai 2012 a rejeté la demande en paiement de la société bénéficiaire de la garantie en relevant que celle-ci était régie par les Règles Uniformes des garanties sur demande, publication CCI n° 458, qui étaient ainsi entrées dans le champ contractuel et s'imposaient à la société bénéficiaire, en particulier en ce qui concerne le strict respect des conditions de forme et de rédaction de l'appel de la garantie, et que l'avocat de la société bénéficiaire ne justifiait pas d'avoir adressé au garant, par télécopie ou par courrier confirmatif, un pouvoir spécial pour mettre en jeu la garantie, ni aucun autre document nécessaire à la vérification de la régularité du pouvoir.

Le pourvoi en cassation formé par la société bénéficiaire à l'encontre de la décision des juges du fond faisait valoir, pour l'essentiel, que le défaut de pouvoir du représentant est une nullité relative ne pouvant être invoquée que par le représenté et que l'appel en garantie est régulier, même en l'absence de pouvoir écrit, dès lors que la qualité de mandataire du signataire de l'appel ne fait aucun doute pour le garant et n'est pas contestée par le bénéficiaire. Il était ainsi soutenu qu'en déclarant irrégulier l'appel de la garantie et en dispensant la banque d'exécuter cette garantie sans rechercher, comme il lui était demandé, si la qualité de mandataire de l'avocat de la société bénéficiaire, n'était pas unanimement reconnue tant par celle-ci que par la banque elle-même, comme en témoignait l'échange de correspondance qui avait eu lieu lors du précédent appel de garantie, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard des articles 2321 (définissant la garantie autonome) et 1134 du Code civil.

Mais ces arguments sont écartés par la chambre commerciale : « qu'après avoir énoncé que le strict respect des conditions de forme et de rédaction de l'appel de la garantie, telles que prévues par la lettre de garantie et les Règles Uniformes de garanties sur demande, publication CCI n° 458, est la contrepartie de l'autonomie de la garantie, que le bénéficiaire doit les

respecter pour mettre en jeu celle-ci et que le garant doit vérifier l'apparente régularité de la demande qui lui est adressée avant de payer, l'arrêt retient que la demande de paiement de la garantie à première demande a été faite par l'avocat de la société (bénéficiaire de la garantie), lequel devait justifier d'un pouvoir spécial à cette fin, dont il n'est pas démontré qu'il ait été joint aux télécopies des 25 septembre et 25 novembre 2008 ou aux lettres les confirmant ; que par ces constatations et appréciations, rendant inopérante la recherche invoquée, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »

Cette solution, retenue par un arrêt de section de la chambre commerciale, lie à juste titre l'autonomie de la garantie, qui en fait l'efficacité, au respect des conditions de forme qui peuvent gouverner son exécution (1.). Elle atteste d'autant plus de la ligne rigoureuse de la Haute juridiction en la matière que le comportement du garant n'était peut-être pas à l'abri de toute critique (2.).

1. Simplicité et rigueur président en principe à l'exécution de la garantie autonome³. Mais il n'en est pas toujours ainsi et, en approuvant pleinement la décision des juges du fond, la chambre commerciale réaffirme que l'appel de la garantie doit être parfaitement conforme aux éventuelles modalités de forme et de rédaction pouvant être prévues par la lettre de garantie et les règles qui lui sont applicables⁴. Ce strict respect du formalisme est imposé pour permettre au garant de procéder, avant de payer, à la vérification de l'apparente régularité de l'appel de la garantie. On sait du reste que, plus généralement, le droit commercial attache une grande importance au formalisme qui favorise la rapidité des opérations, en permettant de se fier aux apparences sans devoir procéder à des vérifications approfondies⁵. Aussi, dès lors qu'il est établi que la garantie ne peut être mise en œuvre par un mandataire du bénéficiaire que si ledit mandataire justifie d'un pouvoir spécial à cet effet, la seule qualité de mandataire du bénéficiaire est inopérante et insuffisante pour imposer au garant l'exécution de son engagement en l'absence de la production d'un pouvoir spécial⁶. Autrement dit, l'existence de du mandat de l'avocat appelant la garantie est indifférente si la preuve de son contenu, conformément aux règles applicables à la lettre de garantie, n'est pas communi-

3. Cf. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd., 2008, n° 950.

4. Cf. par exemple Cass. com. 24 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 123, jugeant que dès lors que le contrat stipule qu'en cas d'appel en garantie d'une banque garante, la banque contre-garante a quinze jours pour répondre à cette réclamation, ce dont il résulte que l'appel de la contre-garantie doit prendre la forme d'un envoi à la banque contre-garante de l'appel de la garantie adressée par le bénéficiaire de celle-ci au garant de premier rang, la cour d'appel fait l'exacte application de la loi du contrat en décidant que les conclusions prises par l'avocat devant les juges ne peuvent valoir appel en garantie.

5. Cf. R. Demogue, *Les Notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. 112 : « Le formalisme n'est qu'embaras lorsqu'il n'est qu'une pompeuse escorte, mais le moyen de rendre les affaires rapides et sûres quand il ne contient que l'indispensable. »

6. Il n'est au demeurant pas certain qu'un avocat puisse appeler la garantie sans être muni d'un pouvoir spécial même lorsqu'aucune forme particulière n'est prévue (cf. Cass. com. 21 juin 2008, Bull. civ. IV, n° 213, jugeant qu'une cour d'appel statuant en référé peut retenir qu'il existe une contestation sérieuse portant sur le point de savoir si l'avocat d'une banque garante pouvait former, dans ses conclusions déposées pour celle-ci, une demande constituant un appel de la contre-garantie sans être muni d'un pouvoir spécial).

2. Dalloz.fr., 24 février 2015, obs. A. Portmann.

quée au garant lorsqu'il lui est demandé de payer. Le garant avait cependant semblé admettre la régularité de l'appel de la garantie par l'avocat du bénéficiaire, en n'invoquant pas immédiatement l'inobservation des modalités prévues.

2. Il est remarquable qu'en l'espèce le garant autonome avait, dans un premier temps, accepté de proroger la durée de validité de son engagement à la suite d'une première télécopie de l'avocat du bénéficiaire du 25 septembre 2008 demandant l'exécution de la garantie ou sa prorogation. Le garant n'avait donc pas contesté, à ce stade, la mise en œuvre de la garantie par le mandataire du bénéficiaire et, en outre, il n'avait soulevé que tardivement dans le cadre de la procédure l'argument tiré de l'irrégularité de l'appel de la garantie. On aurait donc pu considérer que le garant avait pour le moins créé ainsi une apparence de régularité de l'appel de la garantie par l'avocat du bénéficiaire et qu'il ne pouvait se contredire ensuite au détriment du bénéficiaire en exigeant, par un excès de formalisme relevant de la

chicane, la justification d'un pouvoir spécial du mandataire. Mais, adhérant au raisonnement des juges du fond, la Haute juridiction relève qu'ils ont précisé que le garant devait vérifier le respect du formalisme *avant de payer* et surtout qu'ils ont constaté qu'aucun pouvoir spécial (ni même général au demeurant) n'avait été joint ni à la première télécopie du 25 septembre 2008 de l'avocat mettant en jeu la garantie, ni à sa seconde télécopie du 25 novembre 2008, appelant la garantie, ni aux lettres confirmant ces télécopies. Il était ainsi constant que l'avocat n'avait jamais produit le moindre élément permettant au garant de procéder aux vérifications imposées avant de payer.

En définitive, l'arrêt rapporté invite les bénéficiaires d'une garantie autonome et leurs mandataires à faire preuve de la plus grande attention quant aux règles applicables à la mise en œuvre de leur sûreté en rappelant que son efficacité est subordonnée au parfait respect des formes et modalités prévues, et notamment à la justification des documents requis. ■