

Les garanties autonomes

L'utilisation à grande échelle de la garantie à première demande dans les pratiques commerciales et bancaires internationales remonte aux années 1970. Son objectif est de se substituer au dépôt de garantie classique qualifié d'antiéconomique. Elle est également appréciée pour l'automatisme de sa mise en jeu qui offre à son bénéficiaire davantage de sécurité qu'un simple cautionnement.

La garantie autonome est un engagement de payer une somme d'argent en garantie de l'exécution d'un contrat de base. Mais elle est indépendante du contrat garanti et peut être mise en jeu «à première demande», sans que l'on puisse opposer une

quelconque exception tirée de ce contrat. Encore appelée garantie indépendante ou garantie à première demande, la garantie autonome est utilisée essentiellement dans le cadre du commerce international bien que son usage se développe

dans le commerce interne. La garantie à première demande est utilisée dans les marchés publics, conformément aux dispositions de l'article 131 du code des marchés publics. Le terme marché, pris généralement, peut couvrir

aussi bien un contrat d'entreprise qu'une vente. Selon le cas, l'importateur sera donc soit maître d'ouvrage, soit acheteur, tandis que l'exportateur sera entrepreneur ou vendeur. Le marché est le contrat de base ou rapport fondamental.

Origine et diversité des garanties autonomes

■ A l'origine, les risques des importateurs étaient couverts par un dépôt de fonds effectué par l'exportateur entre les mains de l'importateur ou d'un séquestre. Il est apparu moins onéreux de remplacer ce dépôt par un engagement direct de payer souscrit par un établissement de crédit. Mais, dans l'intention des parties, il est certain que la garantie autonome doit donner à l'importateur la même certitude de percevoir les fonds qu'un dépôt d'espèces.

■ L'idée générale est que, dans les deux cas, les risques éventuels de litige pèsent sur l'exportateur. Dans les marchés internationaux importants, l'importateur peut demander à l'exportateur de fournir certaines garanties. Il existe une variété assez large de

garanties autonomes adaptées aux exigences de ces marchés.

- La garantie de soumission (*bid bond* ou *tender bond*) relative aux obligations du soumissionnaire.
- La garantie de restitution d'acompte (*advance payment guarantee*), versée par le maître d'ouvrage à l'entrepreneur.
- La garantie de bonne fin (*performance bond*) relative à la bonne exécution du contrat.
- La garantie de retenue de garantie (*retention money bond*) relative au remboursement de la somme qui aurait dû être normalement retenue pendant la période de garantie. Dans un même marché, plusieurs garanties autonomes peuvent couvrir des risques différents.

Durée des garanties et contre-garanties autonomes

■ Le terme des garanties et contre-garanties autonomes

Les garanties et contre-garanties autonomes ont une durée déterminée.

L'usage est de fixer un terme légèrement plus éloigné pour la contre-garantie que pour la garantie, afin de permettre à la banque de premier rang de pouvoir l'appeler. Par exemple, si la garantie expire au 30 juin, on stipulera que la contre-garantie expire au 30 juin, plus 15 jours.

■ La prorogation du terme des garanties et contre-garanties autonomes

Les garanties et les contre-garanties autonomes

peuvent être prorogées avant l'échéance du terme. Il est courant que, dans la pratique, peu avant la date d'expiration, le bénéficiaire demande de «proroger ou payer». Dans ce cas, la banque garante adresse la même demande à la banque contre-garante. Le plus souvent la banque choisit de ne pas payer. Faut-il interpréter l'action du bénéficiaire comme un appel de garantie ? Si la réponse est négative, la garantie est éteinte à l'expiration de son terme. En l'absence de prorogation expresse du donneur d'ordre, la jurisprudence s'est prononcée pour l'extinction de la garantie.

Peut-on éviter la mise en jeu de la garantie ?

■ Les garanties autonomes présentent un grand risque pour le donneur d'ordre, puisque les banques garantes et contre-garantes sont tenues de payer à première demande. Le donneur d'ordre peut être tenté d'empêcher le paiement soit en demandant au juge d'interdire aux banques de payer ou d'ordonner le séquestre des fonds, soit en pratiquant une saisie sur la créance du bénéficiaire contre la banque garante. Mais toutes ces procédures sont contraires à la nature même des garanties autonomes. Concrètement, la marge de manœuvre du donneur d'ordre pour éviter la mise en jeu de la garantie est faible. Il ne peut aujourd'hui bloquer le paiement qu'en démontrant l'existence d'une fraude ou d'un abus manifeste, ou en établissant que l'engagement bancaire ne peut être qualifié de garantie indépendante.

• La fraude et l'abus manifeste
Ni la garantie ni la contre-garantie ne doivent être exécutées en cas de fraude ou d'abus manifeste de celui qui les appelle. En pratique, c'est au donneur d'ordre qu'il appartient de faire constater judiciairement la fraude ou l'abus manifeste.

Exemples

L'appel de la contre-garantie d'une banque française est frauduleux lorsque l'État étranger, après avoir substitué d'office une entreprise nationale à l'entreprise française dans l'exécution du marché, a appelé la garantie de la banque étrangère qui se retourne contre la banque française. L'appel de la garantie par le bénéficiaire est manifestement frauduleux après qu'il a personnellement délivré les certificats d'achèvement des travaux.

• La requalification de la garantie
Dans la pratique, la formulation des garanties et contre-garanties n'est pas standardisée (sauf en matière de marchés publics où un modèle de garantie à première demande est proposé par un arrêté ministériel du 10 décembre 1993, publié dans le *JO* du 22 décembre 1993). Une mauvaise rédaction peut disqualifier l'engagement qui perd son caractère autonome et peut ne constituer qu'un simple cautionnement bancaire.

Les acteurs des garanties autonomes

■ On raisonnera sur un schéma simple (il en est des plus complexes) d'une exportation faite par une entreprise française. L'importateur étranger souhaite évidemment être garanti par une banque de sa nationalité. Par conséquent, la banque garante est généralement une banque étrangère. Mais cette dernière ne s'engagera qu'à condition de bénéficier de la contre-garantie de la banque française de l'exportateur,

laquelle entend évidemment se retourner contre son client si elle doit payer. En d'autres termes, la banque étrangère n'émet une garantie au profit de l'importateur qu'à la condition que la banque française émette une contre-garantie en sa faveur. Celle-ci n'accepte de le faire que si son client lui en a donné l'ordre en l'autorisant à débiter son compte du montant de la contre-garantie, en cas d'exécution.

Caractère autonome de l'engagement bancaire

■ L'établissement qui émet une garantie ou une contre-garantie est engagé personnellement et abstraitement. Il est très difficile pour le donneur d'ordre d'empêcher l'exécution de l'une ou l'autre. C'est ce qui distingue la garantie autonome du cautionnement, qui est l'accessoire d'une obligation principale.

Conséquences

• L'établissement qui émet la garantie est personnellement et directement débiteur du bénéficiaire ; par conséquent, il ne peut refuser de payer en invoquant une exception (moyen de défense) tirée des relations entre l'exportateur et l'importateur.

• L'établissement qui émet la contre-garantie est personnellement et directement débiteur de la banque garante de premier rang ; par conséquent, il ne peut refuser de payer en invoquant une exception tirée des relations entre l'exportateur et l'importateur ou entre le bénéficiaire et la banque garante.

Exemple

Ainsi une banque française contre-garante ne peut-elle refuser de payer la banque étrangère garante, quand bien même elle saurait que son client a parfaitement accompli les obligations qui lui incombent au titre du marché.

Remboursement de l'indu au donneur d'ordre

■ Le donneur d'ordre peut réclamer la restitution de la somme indûment versée au bénéficiaire sans juste motif. Pour ce faire, il doit démontrer qu'il a correctement rempli ses obligations du contrat de base, ou que son inexécution ne peut lui être imputée. Dans cette hypothèse, il n'aura pas à rapporter la preuve que l'appel en garantie était à l'évidence constitutif d'un abus manifeste ou frauduleux.