

Chronique de *Droit* *des Sûretés*



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur

Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman
(Strasbourg III)



ANDRÉ PRÜM
Agrégé des Facultés de droit
Professeur
Université Nancy II

Garantie autonome, Obligation d'information et de mise en garde de la banque garante, Absence de faute vis-à-vis d'un donneur d'ordre averti

Cass. com. 3 mai 2000, Société Canavèse c/Banque nationale de Paris, pourvoi n° U 96-21.814, arrêt n° 1004 P, rejet contre Aix-en-Provence, 11 septembre 1996, RG n° 93/8676.

Ayant constaté qu'une société avait elle-même donné à sa banque des instructions clairement exprimées pour la mise en place d'une garantie autonome à première demande, ce qui laissait présumer de la part d'une société importante, habituée au négoce international, la connaissance de la portée des engagements qu'elle faisait prendre et prenait elle-même, une cour d'appel a pu décider que la banque n'avait pas commis de faute en ne prenant pas l'initiative d'informer sa cliente des conséquences de sa demande de garantie.

Dans l'important contentieux relatif aux garanties autonomes, les tribunaux sont rarement saisis par un donneur d'ordre d'une action en responsabilité contre son garant suite à l'exécution de l'engagement au profit du bénéficiaire. Le plus souvent, le recours du premier vise précisément à éviter ce paiement. Sauf à contester le caractère autonome de l'engagement de garantie, une telle action devra cependant révéler le caractère manifestement frauduleux ou abusif de sa mise en jeu par le bénéficiaire. Les exigences sévères auxquelles la jurisprudence soumet cette démonstration déçoivent le plus souvent les espoirs, obligeant le donneur d'ordre, convaincu du caractère indu du paiement perçu, à le répéter directement contre le bénéficiaire. A supposer que sa plainte soit fondée, l'on imagine aisément les obstacles auxquels un tel recours risque de se heurter en pratique. Ne réussissant ni à paralyser le paiement de la garantie, ni à en obtenir le remboursement, il ne reste au donneur d'ordre qu'un éventuel recours contre le garant, respectivement le contre-garant. La voie demeure très étroite, comme il ressort de l'arrêt rendu par la chambre commerciale, le 3 mai 2000 (17).

Dans le cadre d'un achat de plusieurs tonnes de

pommes de terre auprès d'un fournisseur égyptien, une entreprise française avait demandé à la Banque nationale de Paris de souscrire une garantie, payable à première demande, en faveur, non pas de ce fournisseur, mais d'une banque égyptienne, qui avait accepté d'avancer à ce dernier le prix de la vente, dont le règlement ne devait, selon l'accord des parties, intervenir qu'au fur et à mesure des livraisons. La garantie fut émise, comme il est d'usage, d'après le texte soumis par le fournisseur égyptien. D'après les renseignements fournis par les décisions rendues en première et en seconde instance, l'engagement souscrit comportait, dans sa première version, de façon maladroite, mais sans en contredire le caractère autonome, plusieurs références au marché commercial. Aussi, la banque égyptienne, bénéficiaire, demanda à la BNP de modifier sa garantie pour supprimer tout renvoi à ce contrat ; ce que celle-ci fit après en avoir obtenu l'autorisation de son donneur d'ordre.

Suite au paiement de la garantie, auquel le donneur d'ordre avait vainement tenté de s'opposer, la BNP se vit reprocher par celui-ci d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil à son égard en ce qu'elle avait négligé d'attirer son attention sur la portée des modifications apportées à la garantie qui, d'après le donneur d'ordre, avaient transformé un engagement initialement accessoire en une garantie totalement indépendante du marché commercial. La prétention est rejetée, d'abord par le tribunal de commerce de Marseille, le 29 mars 1993 (rôle n° 9207074), puis par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 11 septembre 1996 (rôle n° 93/8676) au motif que les instructions émanant « d'une société importante, habituée au négoce international », laissaient présumer « sa connaissance de la portée des engagements qu'elle faisait prendre et prenait elle-même » et « qu'au surplus la banque n'avait nullement l'obligation s'agissant d'une cliente qui n'était pas néophyte en matière de commerce international, de prendre l'initiative de l'informer des conséquences de sa demande particulière de garantie qui pouvait être motivée par les relations contractuelles particulières auxquelles elle était étrangère ». En l'état de ces constatations et quoique le pourvoi formé contre cette décision mit en évidence le caractère assurément trop péremptoire du second argument, la chambre commerciale a approuvé les juges du fond de n'avoir relevé aucune faute à l'encontre de la BNP

en ne prenant pas soin d'attirer l'attention de sa cliente sur les conséquences de ses instructions.

En tant que professionnel du négoce international, le donneur d'ordre se voit refuser ainsi le bénéfice d'un avertissement particulier de sa banque sur la portée de l'engagement qu'il lui a demandé de souscrire. Il faut s'abstenir cependant de déduire de cette solution, que les banques seraient libérées de toute obligation d'information et de mise en garde (18) vis-à-vis des clients, même professionnels, qui sollicitent leur concours pour l'émission d'une garantie autonome. Ce devoir s'inscrit naturellement dans le cadre de la relation contractuelle nouée à cette occasion (19). Pas plus qu'il n'est autorisé à apporter à ses clients des soutiens financiers inconsidérés (20), un établissement de crédit ne saurait s'engager en leur faveur auprès de tiers en suivant aveuglément leurs instructions. L'émission d'une garantie constitue une ouverture de crédit, par signature (21) dans laquelle un professionnel de cette activité ne doit s'engager qu'après s'être assuré non seulement qu'elle n'est pas disproportionnée par rapport à la capacité d'endettement de son client, mais encore qu'elle correspond bien à ses attentes (22).

Si le banquier chargé d'émettre une garantie autonome se trouve astreint de la sorte aux diligences requises pour toutes opérations de crédit (23), l'exacte mesure de celles-ci dépend évidemment des qualités et compétences de son client. Comme le rappellent à juste titre les décisions rendues dans l'affaire rapportée, l'appréciation sera fonction ici avant tout de la conscience que le client a pu avoir des risques encourus du fait de l'engagement du garant (24). Le banquier avisé s'enquerra, en particulier, de la connaissance de son client du mécanisme des garanties autonomes et de l'interdiction générale qui lui est faite de s'opposer aux appels du bénéficiaire. Lorsque celui-ci semble peu familiarisé avec ce type de garanties, il veillera, de surcroît, à le prévenir qu'il a intérêt à discuter avec son cocontractant des termes précis de sa couverture, sous peine de le voir imposer ensuite sa volonté au garant (25). En pratique, la marge de négociation s'avérera souvent ténue, spécialement vis-à-vis de bénéficiaires de pays d'importation, qui ont pris l'habitude d'imposer l'intervention de banques locales de premier rang refusant toute discussion sur leurs propres modèles de garantie. Dans la mesure où le client était à même de comprendre l'avertissement, il ne pourra toutefois reprocher ensuite à sa banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de mise en garde.

Pour un professionnel du négoce international, de tels avertissements paraissent assurément superflus (26). Les garanties autonomes, payables à première demande, sont monnaie courante dans ce domaine depuis près d'une trentaine d'années, au point d'avoir largement chassé d'autres formes de couvertures, comme le cautionnement ou l'assurance. Il était vain, par conséquent, pour l'entreprise en cause de feindre ignorer la rigueur de ce type de garantie ou d'avoir été trompé par la BNP sur la nature de son engagement. Ayant reçu des instructions explicites de sa part, confirmées lors de la demande de modification de la garantie, la BNP était en droit de croire que sa cliente avait pleinement conscience du risque auquel elle s'exposait.

L'unique particularité de l'opération résidait, en l'espèce, dans la circonstance que la garantie ne couvrait

pas directement l'exécution du marché auquel était partie le donneur d'ordre, mais une convention de crédit conclue par son partenaire égyptien avec une banque locale, qui avait accepté de pré-financer ce marché. D'un point de vue économique, le risque garanti restait cependant fondamentalement le même, en ce sens que le prix dû par le donneur d'ordre devait précisément servir au remboursement de ce crédit, de même montant.

Le principal inconvénient du montage pour ce dernier était de restreindre ses moyens – en tout état de cause étroits – de s'opposer à l'exécution de la garantie. Ces moyens ne pouvaient plus s'appuyer sur la simple preuve d'une fraude ou d'un abus manifestes commis par son cocontractant, mais supposaient que la banque égyptienne se soit elle-même rendue coupable d'une telle manœuvre. Or, tel est également le cas lorsqu'un garant de premier rang, dont il faut établir la collusion frauduleuse, s'intercale entre le bénéficiaire final et le banquier du donneur d'ordre (27). Pour le surplus, le danger dénoncé par le donneur d'ordre n'aurait pu se révéler que dans l'hypothèse improbable où la garantie délivrée à la banque égyptienne était susceptible d'être mise en jeu postérieurement et malgré le paiement assuré par le donneur d'ordre à son cocontractant. Les termes de la lettre de garantie devaient exclure ce risque, qui en tout état de cause ne s'est point présenté en l'espèce. ■

A. P. et N. R.

(17) Com. 3 mai 2000, D., 2000, A.J., p. 286, obs. J. Vaddoul.

(18) Il semble préférable de se référer en l'espèce à une obligation de mise en garde plutôt qu'à une véritable obligation de conseil ; cf. M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ, 1992, préface J. Ghestin.

(19) Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 3^e édition, Litec, 2000, n° 934 et 1003.

(20) D. Legeais, L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF France, tome II, Banque éditeur, Paris, 1999, p. 257.

(21) Sur cette qualification plutôt que sur celle de mandat parfois défendue : Ph. Simler, op. cit., n° 995 ; L. Aynès, Suretés, publicité foncière, Cujas, 9^e éd., 1998/1999, n° 344 ; J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Banque éditeur, 2^e éd. 1996, n° 215 ; A. Prüm, Les garanties à première demande, Litec, 1994, n° 45.

(22) Com. 26 janv. 1993, D., 1995, som. p. 14 obs. M. Vasseur.

(23) Sur le renforcement sensible de ses obligations dans la jurisprudence récente, cf. l'article précité de D. Legeais sur L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution.

(24) M. Fabre-Magnan, op. cit., n° 467 ; Th. Bonneau, Droit bancaire, 2^e éd., Montchrestien, n° 409.

(25) Trib. com. Toulouse 26 sept. 1990, D., 1992, som. 238, obs. M. Vasseur.

(26) Dans le même sens CA Nîmes, 27 septembre 1989, D., 1990, som. p. 200 obs. M. Vasseur.

(27) Même si une telle collusion frauduleuse peut découler de la conviction que le garant de premier rang peut avoir acquise du caractère manifestement abusif ou frauduleux de l'appel du bénéficiaire final, ce qui ne sera plus possible dans le cas d'espèce.