

Chronique de *Droit Bancaire International*



GEORGES AFFAKI
Maître de conférences associé
à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)
BNP Paribas



JEAN STOUFFLET
Agrégé des Facultés de droit
Professeur émérite

Jurisprudence étrangère

Le cautionnement à première demande émis en application d'une obligation imposée par le créancier dans ses conditions générales d'affaires rompt l'équilibre des droits et obligations entre les parties en donnant au bénéficiaire un accès facile à des fonds liquides avec, en corollaire, une possibilité d'abus. Il doit être déclaré inefficace.

**Bundesgerichtshof (BGH), deux arrêts,
18 avril 2002 (VII ZR 192/01) et 4 juillet 2002
(VII ZR 502/99)**

**Cautionnement à première demande.
Conditions générales d'affaires. Inefficacité.**

Le triptyque traditionnel des sûretés personnelles – garantie indépendante, cautionnement et lettre d'intention – s'enrichit en droit allemand d'une quatrième espèce : le cautionnement à première demande. Il s'agit d'une figure originale qui, à notre connaissance, n'a pas d'équivalent dans les autres droits.

L'originalité du cautionnement à première demande (*selbstschuldnerische Bürgschaft Zahlbar auf erstes Anfordern*) est affirmée tant à l'égard de la garantie indépendante (*Abstrakte Garantie*) qu'à l'égard du cautionnement traditionnel (*selbstschuldnerische Bürgschaft*) avec lequel il partage pourtant le caractère accessoire. Comme la garantie indépendante, le cautionnement à première demande doit être payé à la présentation par le bénéfi-

ciaire d'une demande conforme. Seulement, l'opposabilité des exceptions dans le cautionnement à première demande est différée plutôt que bannie. Ainsi, à la réception d'une demande en paiement au titre d'un cautionnement à première demande, la caution ne peut opposer des exceptions tirées du contrat de base, à l'exception de l'abus manifeste²¹. Toutefois, une fois son engagement payé, la caution retrouve sa liberté de soulever toute exception tenant au contrat de base et d'exiger du bénéficiaire *accipiens* le remboursement de ce que la caution estime ne pas être dû par le débiteur principal²². La preuve du caractère justifié de l'appel du cautionnement à première demande pèse alors sur le bénéficiaire qui, à défaut de prouver son droit, doit rembourser le montant payé par la caution *solvens*²³. Précisons que la preuve de cette justification se fait bien au titre des droits et obligations des parties au contrat de base auquel, paradoxalement, la caution réclamant le remboursement n'est pas partie ! C'est sans doute ce renversement du risque de crédit, la caution étant désormais exposée au risque d'insolvabilité du créancier payé à tort, qui a limité l'exportation du modèle de cautionnement à première demande en dehors du droit allemand²⁴.

Il n'en demeure pas moins que, depuis sa validation par un arrêt du 2 mai 1979²⁵, le cautionnement à première demande s'est rapidement imposé comme une sûreté incontournable dans les relations commerciales internes en Allemagne, la garantie indépendante étant généralement réservée aux opérations internationales. Le cautionnement à première demande est d'ailleurs devenu une clause de style dans les conditions générales d'affaires (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*) de plusieurs secteurs de l'économie allemande, dont notamment le secteur des travaux publics.

C'est à cette figure très prisée des maîtres d'ouvrage

²¹ BGH, 21 avril 1988, WM 1988, p. 934, cité par A. Rohmert, *Le cautionnement à première demande en droit allemand, une sûreté hybride*, RDBB, n° 43, 1994, p. 123.

²² Un tel recours post-paiement sur la base des exceptions tenant au contrat de base ne peut, bien sûr, être exercé par le garant autonome. Celui-ci dispose d'un recours contre le bénéficiaire en répétition de l'indu s'il a payé le montant de la garantie indépendante par erreur suite à un appel non conforme ou frauduleux et qu'il n'obtient pas rembourse-

ment du donneur d'ordre (Cassation italienne, n° 4006, 6 octobre 1989, Banca Borsa, II, 1990, p. 553, obs. Mastropaolo ; n° 6499, 26 juin 1990, Giurisprudenza Italiana 1991, I, 1, p. 446, obs. Bellardini), mais non sur la base des exceptions que le donneur d'ordre aurait pu opposer au bénéficiaire, sauf, bien sûr, à ce que le donneur d'ordre cède au garant son droit contre le bénéficiaire au titre du contrat sous-jacent.

²³ BGH, 9 mars 1989, NJW 1989, p. 1606, cité par R.F. Bertrams, *Bank guarantees in international trade*, 2^e édition, Kluwer 1996, p. 52.

que la cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* (BGH)) devait s'attaquer et, par deux arrêts de principe rendus en 2002 à moins de trois mois d'intervalle, priver d'efficacité deux cautionnements à première demande.

Dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 18 avril 2002²⁶, un entrepreneur avait fait émettre par sa banque deux cautionnements à première demande de bonne exécution au profit du maître d'ouvrage tel qu'exigé dans les conditions générales d'affaires de ce dernier. Les cautionnements émis, l'entrepreneur donneur d'ordre introduisit une action en justice à l'effet de voir constater l'absence de droit du maître d'ouvrage bénéficiaire à ces cautionnements. Les magistrats de la cour fédérale suprême suivirent cette argumentation. Leur arrêt est révélateur de leur hostilité à l'égard du cautionnement à première demande.

« En imposant dans ses conditions générales d'affaires que le cautionnement à fournir soit à première demande le maître d'ouvrage s'octroie un accès facile à des fonds liquides avec, comme corollaire, la possibilité évidente d'abuser de son droit. Dans ce cas, l'entrepreneur ne pourra obtenir le remboursement que par voie judiciaire et se verra entre-temps obligé d'assumer le risque d'insolvabilité du maître d'ouvrage ; ce dernier rompt ainsi l'équilibre des droits et obligations entre les parties au préjudice de l'entrepreneur. »

Et la cour de juger le maître d'ouvrage sans droit aux cautionnements et lui ordonner d'en restituer l'acte à l'entrepreneur afin que ce dernier obtienne mainlevée auprès de la banque.

L'arrêt du 18 avril 2002 ne manque pas de rappeler à l'esprit un arrêt antérieur rendu par le BGH le 5 juin 1997. Dans cet arrêt, la cour avait jugé qu'une disposition incluse dans des conditions générales d'affaires conditionnant la dispense de retenue de garantie à l'émission d'un cautionnement à première demande viole l'article 9, alinéa 2, de la loi sur les conditions générales d'affaires²⁷. La cour considéra que la retenue de garantie constitue une charge considérable pour l'entrepreneur et va à l'encontre de l'impératif de bonne foi à moins que le maître d'ouvrage ne donne à l'entrepreneur une contrepartie appropriée.

L'arrêt du 5 juin 1997 n'est pas une première. Les tribunaux allemands interviennent fréquemment pour contrôler les conditions générales d'affaires et, par le jeu de l'interpréta-

tion, protéger la partie qui souscrit à ces conditions. Invoquant régulièrement le principe de bonne foi, érigé en principe fondamental du droit allemand à l'article 242 du Code civil (BGB), les tribunaux s'attaquèrent successivement aux clauses exonératoires de responsabilité stipulées dans les conditions générales d'affaires pour en restreindre le champ²⁸ et aux cessions globales de créances (*Globalzession*) stipulées dans ces mêmes conditions pour faire primer les vendeurs avec réserve de propriété prolongée (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*)²⁹ sur les cessionnaires, fussent-ils antérieurs.

Néanmoins, les maîtres d'ouvrage, bénéficiaires traditionnels de cautionnements à première demande, ne tinrent pas compte du coup de semonce donné par l'arrêt du 5 juin 1997. Ils voulurent croire à un arrêt d'espèce et maintinrent intacte leur affection pour cette sûreté bien pratique. Le silence des tribunaux dans les cinq années qui suivirent semblait leur donner raison et l'on s'efforça d'oublier l'arrêt, jusqu'au réveil brutal du 18 avril 2002.

Le BGH devait réaffirmer sa jurisprudence le 4 juillet 2002³⁰, privant à nouveau d'efficacité un cautionnement à première demande fourni en application de dispositions de conditions générales d'affaires d'un maître d'ouvrage. Seulement, dans ce deuxième arrêt, les magistrats poussèrent encore plus loin leur ingérence dans le contrat des parties. En effet, prenant conscience du vide laissé dans la position juridique du maître d'ouvrage privé par la volonté prétorienne de sa sûreté alors qu'il a pu consentir à l'entrepreneur des acomptes ou renoncer à des retenues de garanties, la Cour opta pour une solution aussi arbitraire que péremptoire. Elle décida que les cautionnements à première demande émis en application de conditions générales d'affaires avant le 4 juillet 2002, date de son arrêt, seraient requalifiés d'autorité en cautionnements simples. Par contre, les cautionnements à première demande qui viendraient à être émis après cette date butoir seraient privés d'efficacité³¹.

Radicale, la solution a le mérite de la clarté. Par contre, est bien moins claire la porte de sortie que la Cour aménagea à sa sanction, sous forme de deux conditions cumulatives. La Cour décida, en effet, que cette inefficacité ne s'appliquerait pas lorsqu'il est établi que les parties au contrat sous-jacent ont « négocié entre elles dans le détail » la demande du créancier de bénéficiaire d'un cautionnement à première demande *et* « que ce créancier a offert une contrepartie à cet avantage à son cocontractant afin de rétablir l'équilibre du contrat ».

Que faut-il entendre par « négocier dans le détail » ?

24 La pratique bancaire en France connaît, certes, de nombreux « cautionnements à première demande ». Plutôt que d'y voir un type de sûreté spécifique à l'instar de leurs homologues allemands, les tribunaux français ne voient dans ces libellés que la volonté des parties d'appuyer la rigueur de l'engagement. Ils n'hésitent pas à requalifier l'acte en cautionnement traditionnel ou en garantie indépendante selon les termes de l'acte, cf. Riom, 14 mai 1980, D. 1981, 336, obs. Vasseur ; Paris, 14e ch., B, 28 avril 1989, D. 1990 somm. 198, obs. Vasseur ; Com. 19 mai 1992, D. 1993 somm. 104, obs. Vasseur. Un arrêt plus récent témoigne d'ailleurs de l'embaras des tribunaux à l'égard d'engagements hybrides empruntant à la fois les caractéristiques du cautionnement et celles de la garantie indépendante. La cour d'appel de Lyon, saisie d'une sûreté qualifiée de « cautionnement à première demande », a estimé qu'il ne s'agissait pas d'un cautionnement « au sens strict », mais n'a pas été jusqu'à la

considérer comme une garantie indépendante (Lyon, 3e ch., 12 septembre 2002, *Gay/Sté Alkor*, *Juris-Data* n° 2002-203229, RD bancaire et financier, n° 3 2003, p. 164 obs. Legeais et Cerles

25 BGH, WM 1979, 691, cité par A. Rohmert, op. cit., p. 122.

26 WM 2002, p. 1415.

27 La Loi sur les conditions générales d'affaires de 1977 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* [AGBG]) a été intégrée dans le Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)) en 2002. L'article 9, alinéa 2, de l'AGBG auquel il est fait mention dans le paragraphe ci-contre est aujourd'hui l'article 307 (2) du BGB.

28 C. Witz, *Droit privé allemand*, T.1, Litec, 1992, p. 155.

29 G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque & Droit*, n° 90, 2003, p. 15.

Suffirait-il au stipulant d'attirer l'attention du souscripteur sur une condition particulière pour que cette condition soit considérée comme « négociée dans le détail »? Rien n'est moins sûr. On enseigne généralement que, pour échapper à la qualification de conditions générales d'affaires, il faut qu'il y ait eu négociation effective même si cette négociation ne débouche pas sur une modification de la condition. Autrement dit, « il suffit qu'une discussion ait effectivement eu lieu et que le client ait eu la possibilité réelle d'influer sur le contenu du contrat »³². Verra-t-on dès lors fleurir dans les contrats des mentions, le cas échéant manuscrites, où les souscripteurs attesteront avoir eu l'occasion de négocier l'exigence du créancier d'obtenir un cautionnement à première demande? Seul l'avenir nous le dira, mais une telle évolution serait à coup sûr regrettable s'agissant de contrats entre professionnels avisés pour lesquels tout souci de protection de consommateur est écarté.

Quant à la notion de « contrepartie », la seconde des deux conditions d'efficacité posées par la jurisprudence, pas plus que dans son arrêt du 5 juin 1997 le BGH ne donnera de précision. Il ne le fera pas non plus dans les deux arrêts qui reprendront la même solution le 23 janvier et le 10 avril 2003³³.

Bien que les arrêts précédents aient porté uniquement sur des cautionnements à première demande, on peut s'attendre à ce qu'ils soient considérés également applicables aux garanties indépendantes si celles-ci viennent à être exigées dans des conditions générales d'affaires établies par le bénéficiaire. En effet, le raisonnement du BGH quant au déséquilibre entre les droits du donneur d'ordre et ceux du bénéficiaire ne peut que s'appliquer *a fortiori* à la garantie indépendante.

Ne voulant pas risquer l'inefficacité de leur sûreté, les créanciers ont fait un retour aussi massif que remarqué vers le cautionnement traditionnel qui, qu'il soit prévu dans les conditions générales d'affaires ou dans des accords individuels (*Individualabreden*), ne semble pas menacé par l'interventionnisme du BGH... pour le moment. ■

30 WM 2002, p. 1876.

31 Il semblerait toutefois que l'arrêt du 4 juillet 2002 n'ait été publié que le 10 juillet 2002. Il est alors possible que des tribunaux viennent à retenir comme date butoir la date de publication et non celle de l'arrêt.

32 C. Witz, *Droit privé allemand*, T.1, op. cit., p. 162.

33 VII ZR 210/01 A3 et VII ZR 21/01 A4.