

Chronique de *Droit* *des Sûretés*



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des Facultés de droit
Professeur

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

Garantie autonome. Enchaînement de deux garanties autonomes. Appel de la garantie de premier rang puis de la contre-garantie. Fraude. Conditions de recevabilité de la demande tendant à l'interdiction judiciaire de payer la contre-garantie.

Cass. com., 26 novembre 2003, n° 1660 FS-P, Crédit agricole Indosuez c/Crédit du Nord.

Prive sa décision de base légale la cour d'appel qui accueille la demande tendant à interdire à une banque de procéder au paiement d'une contre-garantie sans rechercher si l'appel de garantie formulé par le bénéficiaire final était manifestement abusif ou frauduleux et, à supposer qu'il le fût, si à la date où il avait appelé 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.

La garantie autonome est une sûreté dont la Cour de cassation sait bien faire respecter la rigoureuse logique. Consistant en un engagement abstrait de payer une certaine somme, le plus souvent « à première demande » de son bénéficiaire, la garantie autonome est conçue pour pouvoir être mise en œuvre (appelée) discrétionnairement, sans que le garant puisse, au contraire d'une caution, engagée de manière accessoire, opposer au bénéficiaire les vicissitudes qui peuvent affecter ses relations avec le débiteur (ou prétendu tel) pour refuser de payer ou retarder le paiement. Seule une fraude évidente du bénéficiaire de la garantie autonome, un abus de

celui-ci, manifeste qui plus est, peut, on le sait, justifier un blocage, qui pourra alors être ordonné par le juge¹. Or l'existence de cette fraude ou abus manifeste est très difficile à établir et, de fait, rarement admise. L'arrêt rendu le 26 novembre 2003 par la chambre commerciale de la Cour de cassation fournit de cela l'illustration, qui refuse que l'on puisse se contenter en la matière de présomptions².

Du genre des garanties autonomes, l'engagement ici souscrit était, quant à son espèce, une garantie de soumission³. Cette garantie, mise en place à l'occasion d'un marché portant sur la construction d'une centrale électrique et conclu entre une société yéménite et une société française, était payable à première demande. Elle était aussi, comme c'est le cas bien souvent⁴, doublée d'une contre-garantie, elle-même payable à première demande.

Le 5 février 1997, la garantie de premier rang était appelée. Le lendemain, tout en sursoyant à l'exécution de son propre engagement – auquel elle ne satisfera que deux ans plus tard –, la banque garante de premier rang appelait la contre-garantie⁵. Arguant de ce que l'appel de la garantie de premier rang était abusif, la société française formait alors une demande judiciaire tendant à ce qu'il soit fait interdiction au contre-garant de payer.

Une telle demande pouvait-elle être entendue? Sans doute, mais à une condition: démontrer une collusion frauduleuse entre le bénéficiaire final et le garant de premier rang, autrement dit que le second s'était associé à l'abus du premier. Lorsqu'une chaîne de garantie est ainsi constituée, en effet, en raison de l'autonomie de la garantie de premier rang par rapport à la contre-garantie, la fraude, l'abus du créancier, bénéficiaire final, ne peut suffire⁶.

¹ Sur la notion d'appel manifestement abusif ou frauduleux d'une garantie autonome, V. F. Jacob, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, Bibliothèque de droit privé t. 294, LGDJ, 1998, préf. Ph. Simler, n° 361 s.; Lamy *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, étude 135, par F. Jacob, n° 135-77 s.; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 980 s.

² V. Revue Lamy Droit civil, janvier 2004, p. 23, obs. G. Marraud des Grottes.

³ Rappelons rapidement que, dans le commerce international, trois

sortes de garanties sont principalement utilisées, souscrites parfois successivement à l'occasion d'un même marché (v. par exemple F. Jacob, Lamy *Droit des sûretés*, étude précitée, n° 135-39; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 908 s.). On distingue ainsi la garantie de soumission (*bid bond* ou *tender bond*), la garantie de restitution d'acompte (*advance payment guarantee*) et la garantie de bonne fin (*performance bond*). La première, exigée parfois lors de la phase précontractuelle par l'auteur d'un appel d'offre, et dont le montant peut être égal à 5 ou même 10 % de la valeur estimée du marché, garantit le béné-

Cette collusion existait-elle en l'espèce ? La Cour d'appel de Douai l'avait admis, relevant, pour parvenir à cette conclusion, d'une part, que l'appel de la garantie de premier rang était abusif (la cour d'appel note que le bénéficiaire de la garantie de premier rang, ayant pourtant obtenu la prolongation de la durée de celle-ci, avait refusé de son côté de fournir les habituelles garanties de bonne exécution des obligations que la passation du marché mettrait à sa charge, « manifestant ainsi qu'il n'avait plus ou n'avait jamais eu l'intention ni les moyens de conclure et de mener à son terme le contrat de base ») et, d'autre part, que la banque garante de premier rang avait elle-même admis le caractère abusif de cet appel puisqu'elle avait, « contrairement aux usages suivis en la matière », « retardé de plus de deux ans l'exécution de son propre engagement » en raison des actions qui opposaient, en France, la société française à la société yéménite.

La démonstration de la cour d'appel laisse paraître une conception de la collusion frauduleuse qui peut paraître singulièrement compréhensive. Elle n'est pas, cependant, de nature à réellement surprendre. Pour ce qui est de la caractérisation de la collusion frauduleuse exigée en de pareilles circonstances, en effet, la jurisprudence ne s'est pas montrée plus rigoureuse que nécessaire⁷. La solution est ainsi depuis longtemps acquise selon laquelle la collusion peut être considérée comme établie dès que le garant de premier rang appelle la contre-garantie alors qu'il connaît la fraude ou l'abus dont se rend coupable le bénéficiaire final en procédant à l'appel de la garantie de premier rang alors qu'il est évident que rien ne lui est dû et qu'il le sait parfaitement⁸. Pourtant, une censure va intervenir, pour défaut de base légale.

Formellement, ce que la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de Douai est de ne pas avoir recherché « si l'appel de garantie formulé par la société (yéménite) était manifestement abusif ou frauduleux et, à supposer qu'il le fût, si à la date où il avait appelé 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 ». Or, on a pu voir plus haut qu'en

vérité la motivation de la cour d'appel recélait sur ces points des considérations, à partir desquelles elle avait bel et bien cru pouvoir conclure à l'abus du bénéficiaire final et à la collusion du garant de premier rang. Aussi bien, ce qu'il faut comprendre est que la Cour de cassation a estimé que les juges du fond étaient allés trop vite en besogne. En effet, ils s'étaient contentés finalement de simples présomptions, pour la démonstration de l'abus du bénéficiaire final comme pour celle de la conscience que le garant de premier rang avait de cet abus. Cela, la Cour de cassation pouvait difficilement l'accepter : pour que l'abus du bénéficiaire final soit établi, pour que l'on puisse parler de détournement de droit, de fraude, et accepter de contrarier l'automatisme de fonctionnement d'une garantie imaginée pour servir de substitut à la pratique des dépôts de fonds⁹, il faut que son absence de droit et la conscience qu'il en a ne fassent absolument aucun doute, « sautent aux yeux » ; et pour qu'une collusion frauduleuse puisse être établie, il faut absolument qu'il en aille de même de la conscience que le garant de premier rang a eue du dessein du bénéficiaire final de profiter de l'automatisme de fonctionnement des garanties autonomes mises en place pour se procurer des sommes indues.

La rigidité dont semble faire preuve la Cour de cassation en cette affaire pourrait certes paraître quelque peu excessive. Mais les garanties autonomes ne sont pas des sortes de cautionnements dont on aurait simplement aménagé les effets. Et s'il fallait ajouter à cette observation une appréciation en opportunité, on pourrait dire aussi que c'est ça (une rigidité qui pourrait paraître excessive)... ou le retour de la pratique des dépôts de fonds qui avait cours auparavant dans le contexte dont on parle. ■

F. J.

ficiaire contre le risque que le soumissionnaire rompe brutalement les pourparlers, refuse finalement de signer le contrat pour lequel il a soumissionné et a été retenu après une procédure éventuellement longue et coûteuse, ou refuse de signer un contrat conforme à ce qui était convenu.

4 Généralement, le créancier importateur ne se contente pas d'exiger qu'une garantie autonome lui soit fournie ; il entend en outre pouvoir choisir la banque par laquelle il sera couvert. Le donneur d'ordre n'a alors guère d'autre choix que d'inviter sa banque habituelle à demander à la banque désignée par son cocontractant (ou futur cocontractant) de bien vouloir garantir celui-ci, ce qui le plus souvent est fait, à la condition, du moins, que la banque du donneur d'ordre accepte elle-même de garantir de manière indépendante la banque du créancier du remboursement auquel elle pourrait prétendre si son engagement devait être mis à exécution.

5 Pour éviter d'avoir à avancer lui-même les fonds, le garant de premier rang appelle souvent la contre-garantie avant d'avoir payé, voire même avant que son propre engagement ait été mis en jeu (V. Ph. Simler, op. cit., n° 918 ; et, en jurisprudence, V. par exemple Cass. com., 27 novembre 1984, D. 1985, p. 269, note M. Vasseur ; Cass. com.,

26 novembre 1996, RJDA 1997, n° 397). Cette solution qui veut que l'appel de la contre-garantie ne soit subordonné ni au paiement de la garantie de premier rang ni même à l'appel de celle-ci s'explique par le fait qu'à la contre-garantie correspond un engagement lui-même indépendant, à l'égard du contrat de base bien sûr mais aussi de l'engagement de premier rang (V. par exemple Cass. com., 25 févr. 1985, D. 1985, p. 269, note M. Vasseur ; Cass. com., 26 novembre 1996, RJDA 1997, n° 397 ; V. Lamy *Droit du financement* 2004, n° 3429).

6 Pour un rappel de ces principes et nos explications à ce sujet, V. Cass. com., 9 octobre 2001, Banque & Droit janvier-février 2002, p. 40, obs. F. J., et les références citées.

7 V. notamment F. Jacob, étude précitée, n° 135-85.

8 En ce sens, V. par exemple Cass. com., 12 déc. 199, Bull. civ., IV, n° 289, qui censure un arrêt rejetant la demande de paiement de la contre-garantie « par un motif impropre à caractériser la connaissance qu'avait [la banque garante de premier rang] du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie » ; ou CA Paris, 27 nov. 1990, D. 1991, p. 200, obs M. Vasseur.

9 Sur l'origine des garanties autonomes, V. par exemple Lamy *Droit des sûretés*, op. cit., n° 135-9 s.