

Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande



Jean-Pierre Mattout

*Docteur en droit,
Directeur des affaires juridiques
de la Banque Paribas*



André Prüm

*Docteur en droit,
Maître de conférence
à l'Université de Paris XI*

C'est une forme de gestation très particulière qu'il est permis d'observer en matière de réglementation conventionnelle de la garantie à première demande. En effet, une première tentative intervint en 1978 avec les règles uniformes pour les garanties contractuelles, publication n° 325 (1). Nées avec une ambition militante, celle de cantonner au maximum le développement de la garantie à première demande alors naissante, en favorisant un rééquilibrage des pratiques au bénéfice des donneurs d'ordre, elles connurent un grave échec. Dans un monde qui ne les appelait pas de ses vœux, elles furent tout simplement ignorées.

La CCI, plus habituée à élaborer des règles universelles que la communauté internationale adopte généralement dans l'enthousiasme — les règles et usances uniformes pour les crédits documentaires (RUU), les in-

coterms, les règles relatives à l'encaissement —, avait failli par orgueil. Elle avait voulu infléchir les pratiques alors qu'elle ne dispose d'aucun pouvoir d'injonction pour imposer ses normes.

Par mouvement réflexe relevant de la psychanalyse législative, elle avait conçu le projet de supprimer purement et simplement la brochure n° 325 à l'occasion de ces nouvelles règles. Sans la détermination du comité français, le sursis « jusqu'à nouvel ordre », auquel elle est soumise désormais, ne lui aurait même pas été accordé.

C'est ainsi, pour effacer ce premier essai infructueux, que la CCI se résolut à remettre le sujet sur le métier, pour aboutir enfin, après de longues années de laborieux travaux, aux règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (publication CCI n° 458), ci-après RUGD.

Adoptées par la commission des techniques et pratiques bancaires de la CCI le 13 novembre 1991 à l'unanimité de ses membres — unanimité qu'une certaine lassitude peut expliquer mais avec l'abstention de l'Allemagne et du Japon, puis par la commission des pratiques commerciales internationales, le comité directeur de la CCI les a définitivement approuvées le 3 décembre 1991 (2). Elles sont désormais disponibles pour les

acteurs du commerce international à qui seront fournis, dans un deuxième temps, des modèles-types élaborés en application des RUGD.

Compte tenu de l'opposition des Américains pour des raisons tenant à la réglementation de leur pays et de l'élaboration, alors en cours, des nouvelles règles pour le crédit documentaire qui devaient décider de maintenir en leur sein les lettres de crédit standby, les RUGD n'ont pas vocation à s'appliquer à elles (3), en dépit de leur nature profonde de garantie.

Renonçant à inverser les pratiques dominantes, la CCI n'entend pas néanmoins abandonner toute idée de moralisation des pratiques en matière de garanties sur demande. Elle y procède notamment en réaffirmant le caractère pathologique du paiement : « on ne peut légitimement y recourir qu'en cas de défaut du donneur d'ordre » (4), soulignant le « principe d'équité et de bonne foi » affirmé dans la définition du donneur d'ordre et à l'avant dernier alinéa de l'introduction... Elle tente également d'instaurer un standard sur une base contractuelle (art. 1), tout en esquissant une hiérarchie dans les pratiques et en entendant toutes les embrasser :

• le peu recommandable, mais tout de même toléré, à condition toutefois d'écarter expressément l'article 20 RUGD, la garantie sur simple demande sans aucune justification ;

(1) Pour le texte de ces règles, DPCI, 1980, 713 ; pour une référence à ces règles à titre d'usage, Paris, 13 décembre 1984, *Banque*, 1985, 93, obs. Rives-Lange et rejet du pourvoi par Com. 10 mars 1987, D. 1987 CCI, IR 172, obs. M. Vasseur ; v. également, sentence rendue dans l'affaire 5639 en 1987, *Clunet*, 1987, 1054, obs. S.J.

(2) M. Vasseur, *Les nouvelles règles de la chambre de commerce internationale pour les « garanties sur demande »*, *RDAl* n° 3, 1992, 239 ; R. Goode, *Guide to the ICC uniform rules for demand Guarantees*, ICC Publishing SA, 1992.

(3) Cf. paragraphe 3 de l'introduction des RUGD.

(4) Cf. introduction al. 2.

- le tolérable, sans plus, la garantie sur demande avec indication d'une défaillance non précisée ;
- le véritable savoir-vivre international appelé à devenir le standard, la garantie sur demande avec indication écrite et précise de la défaillance invoquée ;
- la noblesse de comportement, un peu « old-fashioned », la garantie sur

demande avec attestation externe au bénéficiaire de la réalité de la défaillance.

Les RUGD constituent un pas positif. Elles s'efforcent de régler certains des problèmes les plus délicats en matière de garantie à première demande. En ce sens, elles constituent un facteur de sécurité. Elles sont cependant un texte de compromis.

Une sécurité renforcée par des réponses aux principales questions

La nature juridique et les principales caractéristiques sont les points les plus importants sur lesquels les RUGD apportent des solutions claires.

Le caractère indépendant de la garantie et de la contre-garantie

L'introduction commence par préciser que les RUGD ne s'appliquent pas aux cautionnements et autres engagements accessoires dont elles affirment justement la nature tout à fait différente (5). Le principe cardinal de l'indépendance vis-à-vis de l'opération sous-jacente est exprimé par l'art. 2 b) RUGD, dans une forme très proche de celle qui est en usage dans les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires. Elles transcrivent ainsi le principe retenu par la jurisprudence la plus constante (6). Elles n'en retiennent pas moins le caractère causé de la garantie lorsqu'elles énoncent à l'art. 3 d) parmi les mentions devant figurer dans l'acte « la transaction de base, cause de l'émission de la garantie ».

La question plus controversée de l'indépendance de la contre-garantie est aussi tranchée par l'art. 2 c) qui affirme cette indépendance tant à l'égard de la garantie de premier rang que de l'opération de base, que celle-ci soit un contrat ou bien des conditions d'adjudication, pour les garanties de soumission. Cette indépendance de la contre-garantie a fait également l'objet d'une affirmation jurisprudentielle (7). Il faut cependant remarquer que l'art. 20 b) énonce que la mise en jeu de la contre-garantie suppose l'affirmation écrite du garant qu'il aura lui-même reçu une demande valable de paiement au titre de la garantie, soulignant ainsi qu'il n'y a pas de cause autonome de mise en jeu de la contre-garantie et que l'indépendance de la contre-garantie ne peut être comparée tout à fait à celle de la ga-

rantie. Cette disposition peut toutefois être écartée par une disposition expresse contraire (art. 20 c).

La garantie est de nature documentaire et le rapprochement des articles 9 et 11 RUGD limitant l'obligation des banques au devoir d'examen de l'apparence de conformité des documents dont elles n'assument pas la responsabilité de l'exactitude le montre clairement.

Cette indépendance n'a pas nui à l'insertion de l'obligation pour le garant ou le contre-garant d'informer le donneur d'ordre de tout appel à la garantie (art. 17 et 21) ou de son expiration (art. 25). Cette obligation n'est pas une remise en cause de l'indépendance de la garantie, elle n'est que la conséquence logique du caractère pathologique de la mise en jeu ou de la demande de prorogation et qui tient à la nature de sûreté de la garantie.

Il faut également rattacher à la notion d'indépendance l'article 16 qui énonce que le garant n'est redevable que du montant stipulé dans la garantie et dans les termes de celle-ci exclusivement, c'est-à-dire que les montants stipulés dans le contrat de base ne lui sont pas opposables. Le particularisme de la détermination du droit applicable ou des tribunaux compétents indépendamment de l'opération de base vont dans le même sens.

La détermination du contenu de la garantie

En contrepartie de ce caractère indépendant des engagements de garantie qui renforce la sécurité des opérations, et selon un mouvement traditionnel en droit, le formalisme se renforce. Les engagements doivent être stipulés par écrit (art. 2 a) et 2 b)), l'écrit pouvant d'ailleurs prendre les formes les plus modernes de l'échange de données informatiques (art. 2 d). L'article 3 énonce des men-

tions impératives que doit contenir la garantie. Il ne sanctionne toutefois pas le défaut de l'une de ces mentions. L'écrit est encore requis pour toute demande de paiement (art. 20).

La date limite de validité

Les articles 19 et 22 font clairement de la date limite de validité une date couperet et non pas une date fixant l'assiette maximale de la garantie. Cette question était indécise compte tenu de la jurisprudence qui s'était développée en matière de cautionnement et dont la transposition en matière de garantie à première demande était discutée (8). Ce système a le mérite d'être homogène avec la pratique internationale des dates limites de validité des crédits documentaires et de lever l'incertitude qui régnait sur bien des engagements soumis à des droits différents n'ayant pas tous la même approche de cette question.

La non-restitution de l'acte (art. 18 et 24) est sans effet sur la validité de l'acte, conformément à sa nature juridique qui n'est pas celle d'un effet de commerce incorporant un droit.

Inversement, la restitution de l'acte fait irréfragablement présumer l'expiration de l'engagement.

L'article 25 impose utilement au garant d'informer le donneur d'ordre ou le contre-garant de l'expiration ou de tout autre événement entraînant la fin de la garantie.

La douloureuse question de la demande alternative de prorogation ou de paiement n'est pas éludée. L'article 26 propose la solution suivante : le choix est transmis pour avis au donneur d'ordre afin que celui-ci recherche avec le bénéficiaire un accord possible. Le délai de recherche est gratuit au sens où il ne fait pas courir d'intérêts, pour autant qu'il reste raisonnable. Cette approche est très réaliste car toute solution au conflit passe nécessairement par les parties au rapport de base. Le refus de prorogation entraîne obligation de paiement sans autre formalité ni demande, si cette dernière était conforme, c'est-à-dire accompagnée des justificatifs requis si telle était la forme choisie pour la garantie. La demande prendra alors la forme suivante : « telle obligation n'a pas été satisfaite, opérez le paiement ; toutefois nous avons convenance à permettre une proroga-

(5) Cf. introduction al. 4.

(6) J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, n° 197 et s., *Éd. Banque* 1987.

(7) Com. 27 nov. 1984, 5 fév. 1985, D. 1985, 270, obs. M. Vasseur ; Com. 27 fév. 1990, D. 1990, IR 213.

(8) A. Prüm, *Les garanties à première demande*, *Litac*, 1993 (à paraître).

tion à telle date, afin de permettre d'y remédier ». Cela devrait logiquement diminuer les prorogations de simple convenance, au moins dans les garanties justifiées.

Le donneur d'ordre ne peut cependant contraindre le banquier à la prorogation. Dans ce cas, le paiement doit intervenir, sauf à ce que le donneur d'ordre ait trouvé un banquier de substitution acceptable pour le bénéficiaire.

Ainsi se trouve réglée, de façon équilibrée, la principale difficulté pratique à laquelle donne lieu la garantie à première demande.

Les conditions de mise en jeu

Ce point a été le plus difficile à arrêter. C'est le célèbre article 20 et sa gradation particulière. Le principe est la garantie justifiée, c'est-à-dire celle par laquelle le bénéficiaire doit indiquer que le donneur d'ordre a failli à ses obligations en précisant le manquement qui lui est reproché. La pratique connaît de ce type d'engagement même s'il n'est pas le plus fréquent (9). Pour écarter cette forme d'engagement et en revenir à la garantie sur simple demande, il faut une manifestation expresse de volonté, un formalisme renforcé (art. 20 c). L'article 20 d) rappelle utilement le fait que la justification donnée à l'appel ne met pas à la charge du banquier une quelconque obligation de procéder à une vérification du bien fondé de l'affirmation. L'engagement reste par nature indépendant. Pour être valable, l'appel du paiement doit intervenir au lieu d'émission (art. 19).

Dans tous les cas, garantie et contre-garantie ne sont que des obligations de payer une somme d'argent, ce qui exclut les « vrais performance bonds » qui contiennent des engagements de faire (10). La règle découle des définitions données par les articles 2 a) et c). La réduction du montant de la garantie (art. 8 pour la réduction conventionnelle et 18 pour la réduction automatique résultant d'un paiement) fait l'objet de dispositions précises mais qui supposent des dispositions expresses dans le texte de la garantie.

Irrévocabilité et intransférabilité

Selon l'article 5, l'irrévocabilité est de principe tant pour la contre-garantie que pour la garantie, la stipulation contraire étant toutefois possible. La règle est de bon sens.

La garantie est marquée d'*intuitus personae*. Aussi, le droit de mettre en jeu ou de demander la prorogation est-il intransférable afin d'éviter des abus. Cependant, le transfert de la créance

résultant du paiement est possible (art. 4) comme l'avait admis la jurisprudence (11).

La loi applicable et les tribunaux compétents

L'article 27 affirme le principe d'autonomie de la volonté et à titre supplétif soumet les engagements à la loi de la banque fournissant la prestation caractéristique : la garantie à la loi du siège émetteur de la garantie, la contre-garantie à la loi du siège émetteur de la contre-garantie. Concernant la contre-garantie, les RUGD tranchent en faveur de la loi du contre-garant comme l'avait préconisé la jurisprudence (12). Le même centre de gravité est retenu pour déterminer le tribunal compétent (art. 28). Il n'attribue toutefois compétence, et dans ces cas de façon alors exclusive, que pour les rapports entre garant et bénéficiaire au sujet de la garantie d'une part, et entre garant et contre-garant d'autre part au sujet de la contre-garantie. Les autres conflits seront soumis aux règles traditionnelles de détermination du for compétent. Il faut remarquer que les règles uniformes relatives aux crédits documentaires sont muettes sur ces questions de droit international privé, laissant ainsi les

lettres de crédit stand-by à l'écart de ces dispositions utiles !

Les autres mentions

Le régime documentaire est calqué sur celui des RUU, avec l'apparence de conformité, la compatibilité des documents entre eux, le soin raisonnable (art. 9) dans un délai raisonnable (art. 10) malgré sa fixation précise à sept jours dans les futures RUU 500, la mise à disposition du bénéficiaire des documents non-conformes (art. 10 b) mais sans l'équivalent de la motivation du rejet, tel que prévu par l'art. 16 RUU.

Les clauses évasives de responsabilité (art. 11 à 14) sont également reprises des RUU mais leur caractère unilatéral souvent dénoncé est atténué par l'article 15 qui réintroduit une obligation d'agir de bonne foi et avec un soin raisonnable et dont il faut remarquer la particularité et la nouveauté. On remarquera qu'est exclu de ce nouveau régime l'article 13 relatif aux interruptions d'activité du garant et du contre-garant.

Ces règles se sont efforcées d'apporter une solution aux principales difficultés quotidiennes sans pour autant trancher tous les problèmes ou embrasser toutes les pratiques.

Un texte de compromis

Au-delà des usages propres à certains pays, l'élaboration des RUGD a révélé de sensibles divergences dans l'analyse de la nature et de la portée précises des garanties à première demande. L'ambition de la CCI n'était pas de les résoudre mais de proposer aux opérateurs du commerce international les bases d'un régime uniforme reflétant autant que possible la pratique.

Si un consensus a pu être atteint sur de nombreux points, les nouvelles règles n'ont pas su cependant apporter de réponses concrètes à certaines difficultés qui demeurent, par conséquent, régies par les différents droits nationaux.

Aucun progrès n'a ainsi été réalisé pour circonscrire les hypothèses dans lesquelles l'appel d'une garantie à première demande doit être considéré comme étant manifestement illicite. Les RUGD se contentent de rappeler qu'elles « ne mettent pas en cause les principes ou règles énoncés par les droits nationaux en matière d'abus manifeste ou frauduleux ou d'appel injustifié d'une garantie » (13).

La situation est plus ambiguë pour les contre-garanties dont les RUGD reconnaissent expressément l'existence. Les lacunes et imprécisions dans leur régime montrent cependant que les dispositions qui leur sont consacrées résultent d'un compromis imparfait.

Les contre-garanties

Il est d'usage, dans le commerce international, que de nombreuses garanties à première demande ne soient pas émises directement par le banquier du donneur d'ordre mais par un établissement de crédit ou d'assurance, installé dans le pays du bénéficiaire étranger. Ce dernier ne se contente pas généralement de confir-

(9) Com. 19 mai 1992, *RDBB* 1992, 214, obs. M. Contamine-Raynaud.

(10) M. D. Dickson et P. Arabyan, *Le performance bond*, *Banque* 1987, 936.

(11) Trib. com. Paris, 22 fév. 1989, D. 1990, *IR* 204.

(12) Paris, 26 juillet 1985, *Banque* 1985, 856, obs. J.-L. Rives-Lange ; Paris, 28 juin 1989, D. 1990, *IR* 212, obs. M. Vasseur.

(13) Cf. introduction, paragraphe 13.

mer un engagement de la banque du donneur d'ordre initial, comme il est courant en matière de crédit documentaire, mais intervient en qualité de garant de premier rang sous la couverture d'une contre-garantie. L'écran interposé par l'obligation de premier rang entre la créance du bénéficiaire et la dette du contre-garant restreint, plus encore qu'en présence d'une garantie autonome directe, la possibilité de tenir compte du rapport fondamental pour paralyser ou seulement cantonner le paiement de la sûreté. La technique tend ainsi à conforter la confiance que le bénéficiaire peut porter dans la garantie et, en particulier, dans le respect inconditionnel de son autonomie par rapport à l'opération commerciale sous-jacente.

Soucieuse de refléter aussi fidèlement que possible cette pratique tout en prémunissant les donneurs d'ordre contre d'éventuelles mises en jeu abusives des garanties consenties à leurs partenaires, la CCI a intégré les contre-garanties dans ses nouvelles règles (14). La définition du statut du contre-garant ainsi qu'une rédaction parfois trop imprécise des RUGD n'assurent cependant que de manière imparfaite la sécurité juridique recherchée.

L'esquisse du régime des contre-garanties

Le rôle du contre-garant consiste, selon les RUGD, à « transmettre au garant des instructions reçues du donneur d'ordre ou en son nom et à contre-garantir ces instructions » (15). Le régime de son engagement est largement calqué sur celui des garanties de premier rang sans toutefois y être totalement assimilé.

Ainsi, à l'instar de la garantie émise au profit du bénéficiaire final, l'obligation du contre-garant est irrévocable (article 5), indépendante de l'opération commerciale sous-jacente (article 2 c) et soumise, à défaut d'autre choix par les parties, à la loi de l'État où est installé le siège émetteur du contre-garant (article 27).

L'autonomie de l'engagement par rapport à la « transaction de base » explique le rôle purement passif reconnu au contre-garant en cas de mise en jeu de la garantie de premier rang. Le contre-garant n'intervient à ce stade qu'en tant que simple relais dans la transmission au donneur d'ordre des prétentions et documents émanant du bénéficiaire (articles 17 et 21) (16). Il ne lui appartient pas d'en examiner la conformité aux conditions de la garantie de premier rang, ni *a fortiori* de porter un jugement sur le bien-fondé de l'appel de celle-ci.

L'indépendance de la contre-garantie vis-à-vis de la garantie de premier rang se traduit par une obligation in-

conditionnelle de paiement à la charge du contre-garant au vu d'une simple attestation du garant de premier rang indiquant que son propre engagement a été régulièrement mis en jeu (article 20 b.). Conforme à l'esprit des RUGD (article 20 a.) (17), l'exigence correspond à une certaine tendance de la jurisprudence française à subordonner l'exigibilité de l'obligation du contre-garant à l'existence d'un appel de la garantie de premier rang (18). Elle ne contredit pas l'autonomie de la contre-garantie telle qu'elle est souhaitée, en principe, par les parties, dans la mesure où elle n'autorise pas le contre-garant à exiger la preuve du paiement effectif du bénéficiaire, ni même à contester l'appréciation portée par le garant de premier rang de l'appel qu'il a reçu de ce dernier (19). Afin de laisser aux parties toute liberté, les RUGD reconnaissent toutefois la possibilité de dégager, par une mention expresse de la contre-garantie, le garant de premier rang de l'attestation en question (article 20 c).

Le sort des deux engagements est également lié lorsque le bénéficiaire sollicite, avec l'accord du donneur d'ordre, une prorogation de sa garantie. Les RUGD n'envisagent point que celle-ci puisse ne pas être acceptée de concert par le garant et le contre-garant (article 26 dernier alinéa). Bien qu'en pratique le choix du contre-garant soit, dans cette hypothèse, souvent limité à proroger ou à payer son engagement.

S'appliquant *a priori* de manière identique à l'un ou à l'autre, les clauses évasives de responsabilité, évoquées ci-dessus, pourraient présenter un intérêt particulier pour le contre-garant en lui permettant d'échapper, le cas échéant, à toute responsabilité vis-à-vis de son donneur d'ordre en raison des agissements du garant de premier rang, même s'il l'a choisi personnellement (article 14).

De nombreuses dispositions des RUGD sont ainsi communes aux garanties et contre-garanties. Mais l'observation ne vaut point pour toutes (20).

L'imprécision du régime des contre-garanties

Certains articles des nouvelles règles ne contiennent étonnement aucun renvoi aux contre-garanties. Il en est ainsi des articles 1 (champ d'application), 3 (mentions obligatoires), 4 (caractère intransférable), 6 (date de prise d'effet), 7 (difficulté ou impossibilité d'émission), 8 (garantie glissante), 9 et 10 (examen de documents), 16 (montant), 18 (paiements partiels et réductions du montant), 19 et 22 à 24 (expiration). D'autres, tels les articles 17, 21, 25 et 26, relatifs aux informations dues au donneur d'ordre, ne s'y réfèrent que de manière incomplète.

Fruits d'une rédaction quelque peu hâtive des RUGD (21), ces omissions sont également le signe d'une analyse trop sommaire du rôle et de la portée de l'engagement du contre-garant. Elles sont d'autant plus regrettables qu'elles laissent la place à des controverses sur l'étendue exacte de ses droits et devoirs et sont ainsi source d'insécurité.

Le régime des contre-garanties peut, sans doute, être précisé par référence aux règles applicables aux garanties (22). Un raisonnement *a contrario*, conduit à partir du silence, total ou partiel, gardé par certaines dispositions des RUGD sur les contre-garanties, ne serait pas pertinent.

Faut-il décider pour autant que les RUGD permettent d'assimiler, en toutes circonstances, le sort des contre-garants à celui des garants ? Peut-on imposer, en particulier, aux contre-garants les mêmes devoirs d'information à l'égard de leurs donneurs d'ordre et de diligence dans l'examen de la mise en jeu de leurs engagements que ceux incombant aux garants de premier rang ? Les dispositions relatives à l'expiration des garanties et aux réductions éventuelles de leur montant concernent-elles de manière identique les contre-garanties ?

Le rôle restreint assigné par les RUGD aux contre-garants permet l'hésitation. Aux termes des nouvelles règles, leur engagement paraît pouvoir s'étendre à la couverture de l'obligation qu'assumeraient leurs propres donneurs d'ordre vis-à-vis des garants de premier rang (23).

Cette conception est assurément quelque peu superficielle dans la mesure où ces derniers n'acceptent, en réalité, jamais de s'obliger au vu des instructions des donneurs d'ordre. Il n'existe, en principe, pas de lien contractuel entre eux dont les contre-garants pourraient garantir la bonne exécution. Elle fait fi, par ailleurs, de

(14) Les règles uniformes pour les garanties contractuelles (n° 325) ainsi que les premiers projets des RUGD n'y faisaient qu'une vague allusion.

(15) Cf. introduction, paragraphe 9.

(16) Cf. également article 25.

(17) Le projet de convention actuellement étudié au sein de la CNUDCI prévoit également cette restriction dans l'une des variantes de l'article 19.

(18) Cf. com. 24 janvier 1989. *JCP*, 1990, II, 21425, note J.-P. Mattout et A. Prüm ; A. Prüm, précité, n° 347 et ss. 486 et ss.

(19) R. Goode, précité, p. 96.

(20) R. Goode, précité, p. 26.

(21) M. Vasseur, art. cit., n° 47.

(22) M. Vasseur, art. précité, n° 48 ; R. Goode, précité, p. 26.

(23) Cf. le paragraphe 9 de l'introduction « Les nouvelles règles reconnaissent l'existence de la pratique largement répandue qui fait qu'un contre-garant peut transmettre au garant des instructions reçues du donneur d'ordre ou en son nom et contre-garantir ces instructions ».

l'autonomie reconnue à la contre-garantie qui ne se résume point à une obligation subsidiaire.

La définition donnée de la contre-garantie semble expliquer les lacunes et imperfections des RUGD concernant son régime. Elle pourrait conduire à ne pas transposer systématiquement aux contre-garanties les règles propres aux garanties mais à leur appliquer le régime des lettres d'ordre, que les nouvelles règles n'ont cependant pas défini.

La fraude et l'abus

Le bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est pas fondé à tirer avantage de l'indépendance de sa créance sur le garant dans l'unique but de s'arroger un paiement manifestement indu, au détriment du donneur d'ordre. Son droit inconditionnel ne saurait enfreindre les limites imposées par les principes supérieurs de justice et d'équité consacrés universellement. L'exigence de loyauté est expressément rappelée par les RUGD dont l'une des finalités est précisément « d'éliminer un certain niveau d'abus des garanties résultant de demandes injustifiées des bénéficiaires » (24).

Sous peine de tenir en échec l'autonomie de la garantie, l'exception posée doit être interprétée de manière stricte et réservée aux hypothèses dans lesquelles un paiement en faveur du bénéficiaire s'avérerait particulièrement choquant, sinon intolérable. Il est ainsi admis que l'exécution d'une garantie à première demande ne doit être paralysée qu'à condition que l'appel du bénéficiaire procède d'une manœuvre manifestement frauduleuse ou constitue un abus de droit caractérisé.

Ces deux concepts ne connaissent toutefois pas les mêmes contours devant les juridictions de tous les ordres juridiques. Certaines ne conçoivent un blocage de la garantie que dans des cas très exceptionnels de fraude résultant

(24) Cf. introduction, paragraphe 7 et l'avant-propos de la publication n° 458 de R. Goode, paragraphe 3.

(25) Pour une vue d'ensemble, cf. J. Dohm, *Mesures provisionnelles et séquestre pour empêcher l'appel abusif d'une garantie bancaire sur demande*, *RDAI*, 1992, p. 887 ; A. Prüm, précité, n° 269 et ss.

(26) Cf. cependant M. Vasseur, précité, n° 31, n° 53.

(27) A/CN.9/WG.II/WP.76.

(28) Comme l'avaient fait improprement les précédentes règles de la CCI relatives aux garanties contractuelles (n° 325).

tant d'une réelle intention de nuire du bénéficiaire alors que d'autres ont tendance à interdire tout paiement, sur de pures considérations d'équité, dès lors que la mise en jeu de la sûreté n'est pas justifiée au regard du contrat de base (25).

Les divergences s'accroissent lorsqu'il s'agit de paralyser l'exécution d'une contre-garantie. En raison de l'indépendance de celle-ci par rapport à l'engagement de premier rang, l'on considère volontiers que le garant ne doit être privé de sa couverture qu'à condition qu'il y prétende tout en ayant conscience de la mauvaise foi du bénéficiaire final, voire qu'il se soit rendu complice de la fraude perpétrée par ce dernier. Mais l'exigence est loin d'être retenue partout.

Il existe enfin des différences sensibles dans les procédures — d'interdictions de paiement, de saisies, de séquestres... — susceptibles d'être mises en jeu pour tenir en échec le paiement d'une garantie à première demande.

Plutôt que de se référer aux règles applicables dans les différents États, n'aurait-il pas été souhaitable, dans ces conditions, que les RUGD proscrirent expressément tout refus de paiement en dehors des cas d'appel manifestement abusif ou frauduleux tout en prenant soin de circonscrire la portée de l'exception. La nature conventionnelle des nouvelles règles ne s'y serait sans doute pas opposée (26) dans la mesure où l'abus de droit et la fraude ne consacrent, en l'espèce, qu'un détournement de finalité d'une prérogative contractuelle. L'étendue du droit étant librement définie, n'appartient-il pas également aux parties de poser les limites précises à son exercice ?

Signalons à ce propos l'effort entrepris actuellement au sein de la CNUDCI dans le cadre de l'élaboration d'une « convention sur les lettres de garanties internationales ». La commission tente de cerner avec précision les situations dans lesquelles un appel du bénéficiaire n'aurait, au vu du type et de l'objet de sa couverture, aucune « justification concevable » et serait, par conséquent, « incorrecte » (27). Selon le projet en cours d'étude, la mise en jeu d'une garantie indépendante deviendrait ainsi abusive soit lorsque le risque couvert n'est plus susceptible de se réaliser, les obligations sous-jacentes ayant été acquittées à la satisfaction du bénéficiaire ou définitivement annulées, ou ne s'est manifestement pas encore produit, soit lorsque l'exécution de l'opération de

base a été empêchée exclusivement par le bénéficiaire lui-même.

A défaut de consensus sur une telle énumération, même indicative, des cas d'abus ou de fraude les plus habituels, les RUGD auraient été utilement enrichies d'une définition de l'objet des différents types de garanties de soumission, de remboursement d'acompte et de bonne fin à travers les principaux risques couverts. A condition de ne pas cantonner la couverture à certaines obligations des donneurs d'ordre (28), la précision n'aurait pas porté atteinte à l'autonomie des engagements. Elle n'aurait pas moins facilité la paralysie des garanties manifestement détournées de leur finalité contribuant ainsi à la moralisation, souhaitée par la CCI, d'une certaine pratique internationale.

*

**

Fruit d'une concertation difficile, l'élaboration des RUGD constitue, sans conteste, un progrès significatif dans la définition du régime juridique des garanties autonomes. Le compromis recherché n'a certes pas été atteint sur toutes les difficultés que ces engagements peuvent susciter. La rédaction imprécise, voire ambiguë de certaines dispositions peut également être regrettée. Mais, les RUGD présentent la qualité de former un corps de règles homogènes respectant l'équilibre entre les intérêts opposés des bénéficiaires et des donneurs d'ordre. Elles constituent à ce titre un instrument précieux entre leurs mains pour asseoir la sécurité juridique de leurs relations.

Aussi, faut-il souhaiter que les opérateurs du commerce international prennent rapidement l'habitude de s'y soumettre. Le succès espéré que connaîtront les nouvelles règles de la CCI dépendra largement des moyens dont disposeront les entreprises exportatrices pour convaincre leurs partenaires contractuels de les accepter. Les modèles de garanties que la CCI se propose de mettre prochainement à leur disposition contribueront, sans doute, à leur large diffusion. Le processus périodique de mise à jour que la CCI utilise pour les règles relatives aux crédits documentaires permet également de penser que les imperfections de jeunesse des RUGD seront corrigées dans le futur. □