

# Mélanges AEDBF-France 1997

Droit bancaire et financier



*Sous la direction de*

**Jean-Pierre Mattout  
et Hubert de Vauplane**

**BOUILLÉ**  
&  
Éditeur

# DE L'AUTONOMIE DES CONTRE-GARANTIES À PREMIÈRE DEMANDE

André PRÜM

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université de Nancy II

Responsable du laboratoire de droit économique

CRP-CU Luxembourg

Avocat au Barreau du Luxembourg

Il appartient à tout système juridique moderne d'accompagner les nécessités et innovations de la vie des affaires. Aux acteurs économiques de déterminer la nature et le contenu de leurs rapports ; aux juristes de leur offrir un cadre sûr et adéquat dans lequel ceux-ci peuvent se concrétiser. La tâche n'est pas toujours aisée alors que l'imagination des praticiens ne connaît pas de bornes. La gestation récente des garanties à première demande en fournit l'illustration.

A l'origine, les garanties dites autonomes ont été conçues pour éviter une autre forme de sûreté, particulièrement prisée par les entreprises importatrices, consistant à consigner entre leurs mains des dépôts de fonds ou de valeurs. Pour les exportateurs, tenus de garantir la bonne exécution de leurs marchés, ce type de couverture, outre le fait qu'il pouvait parfois s'avérer d'une rigueur gênante, présentait le grave inconvénient d'immobiliser inutilement une partie de leurs moyens de trésorerie ; d'où l'idée d'y substituer un engagement par signature offrant un degré de sécurité équivalent.

Les sûretés personnelles traditionnelles et, spécialement, le cautionnement ne se prêtaient guère à une telle utilisation. La protection du créancier est affaiblie par la subordination de l'obligation du tiers garant à celle du débiteur principal. En outre, le régime de ces sûretés n'est pas uniforme d'un pays à l'autre et souffre d'une certaine instabilité, comme en atteste le contentieux important du cautionnement devant les juridictions françaises, ce qui ne peut satisfaire les entreprises opérants sur les marchés internationaux.

La solution a dès lors consisté à imaginer, en marge des qualifications connues, une nouvelle forme de sûreté personnelle : la garantie autonome. Celle-ci se caractérise par le fait que l'engagement du garant se trouve volontairement détaché du contrat couvert. Le bénéficiaire est ainsi autorisé à appréhender le montant de sa couverture sans discussion, ni condition, comme s'il avait été consigné, dès l'origine, entre ses mains. Seul le respect de certaines formalités peuvent lui être imposées, formalités qui se résument cependant, le plus souvent, à une simple

son débiteur principal, ni même de l'existence d'une créance à son encontre. Pas plus que le garant ne saurait lui refuser le paiement réclamé au prétexte que le bénéficiaire ne dispose d'aucune créance au titre du contrat fondamental.

Les efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence ont permis de reconnaître la validité de ce nouveau type de garantie en refusant de l'assimiler à un acte purement abstrait que le droit français, comme d'autres, auraient eu peine à admettre (1). Plutôt que d'interpréter l'autonomie de l'engagement du garant comme signe d'une absence de cause, celle-ci a été reçue comme une expression de la liberté contractuelle.

Restait à convaincre les importateurs de se fier à la signature d'un tiers garant. Il n'est pas étonnant que leur confiance n'ait pas été acquise d'office aux banquiers de leurs cocontractants. A tort ou à raison, ceux-ci pouvaient être suspectés de préférer les intérêts de leurs clients à ceux des personnes garanties. Les importateurs ont alors exigé d'être couverts directement par des garants locaux - banque ou compagnie d'assurance - qui n'auront aucune hésitation à respecter scrupuleusement leurs engagements. Appelés à servir comme simples intermédiaires, ces derniers, n'acceptent évidemment d'intervenir qu'à la condition d'être couverts à leur tour de façon inconditionnelle. D'où l'apparition des contre-garanties à première demande que nous proposons d'examiner plus en détail.

Les contre-garanties autonomes n'ont, en effet, pour l'instant, pas fait l'objet d'études approfondies contrairement aux garanties émises en faveur d'un bénéficiaire final (2). Tout au plus, doctrine et jurisprudence s'accordent pour admettre qu'elles doivent être considérées comme indépendantes aussi bien du contrat fondamental que de la garantie de premier rang elle-même (3). Et, ceci essentiellement pour éviter qu'une interdiction de paiement puisse être adressée au contre-garant sur le seul fondement d'une mise en jeu frauduleuse ou abusive de la garantie de premier rang, sans qu'il ne soit établi que garant de premier rang s'est rendu lui-même coupable d'une telle manœuvre en agissant, le cas échéant, de concert avec le bénéficiaire final.

(1) Y. Pouillet, *La garantie à première demande : un acte unilatéral abstrait ?*, Mélanges Jean Pardon, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 409.

(2) Y. Pouillet, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, thèse Louvain la Neuve, 1982 ; Graf von Westphalen, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Verlagsgesellschaft Recht and Wirtschaft, Heidelberg, 1982 ; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 1991 ; M. Contamine-Raynaud, *Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français*, Mélanges Roblot, LGDJ, 1984, p. 413 ; A. Prüm, *Les garanties à première demande*, Essai sur l'autonomie, Litec, 1994.

(3) Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1995, n° 209, n° 230 ; L. Aynès, *Les sûretés, la publicité foncière*, Cujas, éd. 1995/1996, n° 330 ; M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 1990, n° 404, n° 473 ; Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 1991, n° 870.

garanties avec celui des garanties finales ? Alors que la couverture promise par le contre-garant n'a, de toute évidence, pas la même fonction que la sûreté du contrat de base.

L'autonomie dont l'une et l'autre peuvent être assorties n'est pas une qualité abstraite. Elle sert à renforcer la protection accordée respectivement au bénéficiaire et au garant de premier rang. Les situations de l'un et de l'autre méritant d'être distinguées, leurs garanties doivent l'être également.

Quelques explications sur la nature et l'objet du contrat de contre-garantie permettront de mieux s'en rendre compte (I) et, de mesurer, avec une plus grande précision, la portée qui doit être reconnue à son autonomie par rapport à la garantie de premier rang (II).

## I Sens et portée du contrat de contre-garantie

La fonction essentielle de toute contre-garantie est de préserver intégralement le garant de premier rang dans son intervention en faveur du bénéficiaire final. Certes, il s'engage personnellement et directement envers ce dernier, mais il ne le fait qu'à la demande et sous la couverture du contre-garant.

S'agissant, le plus souvent, de relations nouées entre professionnels du crédit, l'on pourrait s'attendre à ce que les contre-garanties fassent l'objet de rédactions explicites, claires et précises. En pratique, celles-ci se résument fréquemment à quelques lignes de télex précisant les caractéristiques de la garantie à émettre, la commission due au garant de premier rang ainsi que le montant et la durée de sa couverture.

De telles indications n'offrent évidemment qu'une perspective étroite sur la véritable nature du contrat de contre-garantie. Pour répondre aux techniques modernes de qualification des contrats (4), l'interprète est obligé de replacer cette relation dans son contexte (A) avant d'en apprécier la structure interne (B).

### A Structure externe du contrat de contre-garantie

Le contexte dans lequel s'inscrit toute contre-garantie est avant tout contractuel et formé par l'ensemble des relations qui participent à l'émission de la garantie promise au bénéficiaire. Afin de mieux saisir la fonction spécifique de la contre-garantie au sein de ce groupe de contrats (B), il convient de préciser la manière dont les différents rapports s'y agencent (A).

(4) X. Henri, *La technique des qualifications contractuelles*, thèse dactyl. Nancy II, 1992, en particulier n° 742 et s. ; F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Bib. de droit privé, T. 2, LGDJ, Paris, 1957.

*A priori*, les relations nouées entre donneur d'ordre, contre-garant, garant de premier rang et bénéficiaire final se présentent comme une simple succession de contrats.

Ne se fiant pas à la signature du banquier de son cocontractant, le bénéficiaire impose l'intervention d'un garant intermédiaire qui lui inspire davantage confiance. Celui-ci n'est pas appelé à confirmer l'engagement du contre-garant, comme il est d'usage en matière de crédit documentaire, mais doit souscrire personnellement la garantie promise, au lieu et place de ce dernier. En d'autres mots, le bénéficiaire renonce à tout recours direct à l'encontre du contre-garant pour se contenter du seul engagement du garant de premier rang.

Bien que l'émission de la garantie de premier rang réponde à une demande du donneur d'ordre initial, aucun contrat n'est conclu, en principe, entre celui-ci et le garant de premier rang (5). Installés, par hypothèse, dans des pays différents, les deux n'entretiennent normalement pas de relations d'affaires. Partant, le garant local n'a pas de raison particulière d'accorder sa confiance au donneur d'ordre et, en pratique, sa décision d'intervenir en faveur du bénéficiaire final ne tient aucun compte, ni de la capacité du premier d'honorer le contrat fondamental, ni de sa surface financière, pas plus qu'elle n'est subordonnée à la constitution par lui de garanties ou sûretés. Il ne souhaite prendre aucun engagement vis à vis de lui, pas plus qu'il ne compte sur un recours à son encontre. Ceci n'a d'ailleurs rien d'extraordinaire dans un tel contexte. Rappelons que la banque qui confirme un crédit documentaire n'est pas non plus, en principe, liée conventionnellement au débiteur principal de celui-ci (6).

En réalité, le garant de premier rang s'oblige directement sur les instructions d'un contre-garant professionnel dont il est à même d'apprécier le poids de la signature et auquel il fait d'autant plus aisément confiance qu'existe entre eux un courant d'affaires régulier. Garanties de premier rang et contre-garanties forment ainsi une succession de rapports strictement bilatéraux, unis simplement par une finalité commune : assurer au bénéficiaire une protection indépendante du contrat de base dont le donneur d'ordre accepte de porter la charge définitive (7).

La fonction et, au delà, la nature de chacun des rapports mérite d'être appréciée au regard de sa place dans cet ensemble (8). Tous y

(5) J. Stoufflet, *La garantie bancaire à première demande*, JDI, 1987, 265 n° 42 ; A. Prüm, *op. cit.*, n° 287 ; Paris (Ch. 5, sect. B), 22 sept. 1995, Soc. Technip c/ BFCE, Jurisdata n° 024008.

(6) J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, 2<sup>e</sup> éd., Banque Editeur, Paris, 1996, n° 291, sous réserve cependant de l'hypothèse visée à l'art. 18 des règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire, CCI, pub. n° 500.

(7) A. Prüm, *op. cit.*, n° 124 et s.

(8) B. Teyssie, *Les groupes de contrats*, Bib. droit privé, T. CXXXIX, LGDJ, Paris, 1975 ; X. Henri, *op. cit.*, n° 942 et s. et 983 et s.

système contractuel mis en place par les parties (9). Un examen plus précis des contre-garanties permet de s'en rendre compte.

## 2. La fonction externe du contrat de contre-garantie

Rapport intermédiaire entre la garantie souscrite au profit du bénéficiaire et la couverture due par le donneur d'ordre, la contre-garantie sert à la fois de support à l'engagement de premier rang et de relais pour la prise en charge du risque inhérent à cet engagement.

Les termes et conditions de la sûreté à laquelle peut prétendre le créancier sont souvent le fruit d'âpres négociations. L'accord final ne peut que traduire une conciliation, parfois difficile, entre le souci de protection de l'un et la crainte de l'autre de devoir supporter un paiement indu. Il mérite, à ce titre, d'être scrupuleusement respecté.

En confiant à l'un de ses correspondants la mission d'émettre la sûreté, le contre-garant se fait directement l'écho de cette exigence. Il assume vis à vis de son client l'obligation de veiller à ce que l'engagement souscrit corresponde à celui qui aura été prévu et doit informer le garant de premier rang des caractéristiques précises de la garantie attendue (nature, conditions de mise en jeu, montant, durée...), à défaut de lui en communiquer le texte exact. Leur relation joue à cet égard un rôle clé entre l'accord trouvé par les parties au contrat fondamental et la garantie finalement émise. Elle sert, en outre, à transférer la charge définitive de cette garantie au donneur d'ordre.

Le garant de premier rang n'étant pas, à notre avis, lié contractuellement au donneur d'ordre initial, il ne dispose contre lui que de recours imparfaits. Certes, une telle action pourrait reposer sur une subrogation dans les droits du bénéficiaire (10), une gestion d'affaire pour compte du donneur d'ordre ou, à titre subsidiaire, sur la théorie de l'enrichissement sans cause. La cour d'appel de Paris, vient d'ailleurs, dans un arrêt récent, de reconnaître formellement le bénéfice de l'article 1251-3° c. civ. à une banque exécutant une garantie à première demande (11). Mais, quelque soit le fondement de l'action, celle-ci supposera toujours que le

(9) A. Prüm ; *op. cit.* n° 139 et s.

(10) La jurisprudence contemporaine reconnaît, en effet, à l'art. 1251-3° c. civ. une portée qui va bien au delà des cas de subrogation expressément visées par ce texte. Comme le relève pertinemment J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Paris, LGDJ, Bib. droit privé, T. CLX, 1979, spécialement n° 162 et s.), les tribunaux se sont rapidement détachés d'une exégèse sclérosante de l'expression « paiement de la dette » afin d'étendre le champ d'application de l'article 1251-3° à des hypothèses de coexistence de plusieurs dettes et même à certaines où le solvens est l'unique débiteur. (comp. civ. I, 4 avr. 1984, RTD civ., 1985, obs. Mestre). Pour les critères jurisprudentiels d'application de ce mécanisme autonome de subrogation légale cf. J. Mestre, *op. cit.* n° 188 et s.

(11) Paris 8° ch., sect. B, 25 sept. 1996, RG 96/81517 N, non publié. Précisons que ce recours n'est pas réservé au garant s'obligeant à la demande directe du donneur d'ordre mais également au garant de premier rang qui n'est intervenu que sur les instructions d'un contre-garant. L'existence d'un lien contractuel avec le débiteur définitif n'est pas une condition de la subrogation (civ. I, 7 juin 1989, Bull. civ. I, n° 231). Celle-ci repose sur le seul paiement et l'avantage qu'il procure au débiteur définitif.

l'égard du bénéficiaire ou du moins que son paiement ait éteint une telle dette. Or, tel n'est pas nécessairement le cas en matière de garantie à première demande où le bénéficiaire peut profiter d'un paiement sans justifier d'aucune créance sur son cocontractant. Le recours du garant de premier rang sur le donneur d'ordre devient alors illusoire.

Seule sa relation avec le contre-garant offre donc au garant de premier rang la couverture souhaitée. Aux termes de ce contrat, le contre-garant s'oblige non seulement à tenir son correspondant indemne des paiements qu'il aura pu effectuer en faveur du bénéficiaire, mais encore à lui avancer les fonds nécessaires. Au contre-garant de répéter ensuite le montant de la garantie sur son propre client qui n'est directement tenu qu'envers lui.

La prise en charge des paiements dus au titre de la garantie s'opère ainsi en deux temps au travers de chacune des relations auxquelles participe le contre-garant. L'observation n'est pas sans incidence sur l'équilibre qui doit exister entre elles, ni sur celui qui doit unir les obligations constitutives du contrat de contre-garantie.

## **B Structure interne du contrat de contre-garantie**

L'examen du contexte contractuel dans lequel s'inscrit la contre-garantie a permis de montrer que celle-ci sert aussi bien de cadre à l'émission de la garantie de premier rang que de maillon dans une chaîne d'engagements transférant la charge définitive du risque de cette garantie au donneur d'ordre. L'analyse de sa structure interne conduit à s'intéresser plus précisément aux obligations caractéristiques de ce contrat et à leur agencement (1) afin de mettre en évidence le fondement sur lequel repose la relation (2).

### **1. La contre-garantie, un contrat synallagmatique**

La convention de contre-garantie apparaît, de prime abord, comme une relation synallagmatique. L'émission de la garantie de premier rang est un service que le garant local rend au contre-garant et que ce dernier doit normalement honorer du paiement d'une commission. La couverture offerte est inhérente à la nature même de la prestation demandée au garant de premier rang. Elle trouve sa raison d'être directement dans le concours de ce dernier, qui accepte de prêter sa signature au contre-garant, mais n'entend assumer aucun risque vis à vis du bénéficiaire ou du donneur d'ordre. En ce sens, l'obligation de contre-garantie apparaît comme un accessoire à l'engagement réciproque pris par le garant de premier rang d'émettre la sûreté promise au bénéficiaire, une dette affectée au service de cette obligation (12).

(12) G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Paris, 1969, spécialement n° 19.

du contre-garant reste étroitement subordonnée à la bonne exécution de l'obligation principale assumée par le garant de premier rang. L'observation d'un lien, d'accessoire à principal, sert essentiellement à hiérarchiser les obligations réciproques dans la perspective d'une qualification du contrat conclu entre le contre-garant et le garant de premier rang (13). Elle permet, en particulier, de mettre en évidence une différence fondamentale avec les garanties, directes ou de premier rang, données à un bénéficiaire final. Le contrat donnant naissance à une telle garantie demeure, en effet, par hypothèse, un rapport strictement unilatéral. Seul le garant prend un engagement, le bénéficiaire n'en assume aucun (14). Alors que l'obligation de contre-garantie n'est-elle acceptée qu'en considération de l'engagement pris par son créancier de souscrire la garantie de premier rang. Intimement liés, les engagements réciproques du garant de premier rang et du contre-garant se servent, en l'espèce, mutuellement de cause pour former un contrat synallagmatique.

Cette distinction de nature avec les garanties couvrant l'exécution d'un rapport fondamental, amène à s'interroger sur le véritable fondement du contrat de contre-garantie.

### **2. La contre-garantie, un rapport de confiance**

Pour expliquer l'accord trouvé entre un contre-garant et un garant de premier rang, il ne suffit pas de faire état de la réciprocité de leurs engagements respectifs, mais également du rapport de confiance mutuelle dans lequel ceux-ci s'inscrivent.

Le contrat de contre-garantie suppose, d'abord, que le contre-garant se fie au correspondant dont il sollicite l'engagement. Celui-ci doit émettre une garantie conforme à celle requise. Il doit, de surcroît, en respecter scrupuleusement les termes si elle venait à être mise en jeu, sans que le contre-garant ne puisse s'immiscer dans la relation nouée avec le bénéficiaire. La renommée du garant local autant que la sécurité promise au bénéficiaire supposent, en effet, de lui laisser entière liberté dans l'exécution de son engagement. Le sort du contre-garant ressemble, à cet égard, davantage à celui de son propre donneur d'ordre qu'à celui de son correspondant.

Quant au garant de premier rang, il est indéniable qu'en acceptant le contrat qui lui est proposé, il prend un risque à l'égard du contre-garant. Certes, celui-ci l'invite seulement à servir d'intermédiaire vis à vis d'un bénéficiaire qui ne se satisfait pas d'une garantie directe. Il n'en demeure pas moins que le garant de premier rang est appelé à s'obliger personnellement vis à vis de ce dernier et ne pourra plus alors se

(13) X. Henri, *op. cit.*, n° 371 et 392.

(14) Y. Pouillet, art. précité, n° 3 et s.

qu'à la condition de pouvoir se fier pleinement à la couverture promise, en risque et en trésorerie, par le contre-garant.

Contrat synallagmatique reposant sur une confiance mutuelle, la contre-garantie présente ainsi peu de traits communs avec une garantie, directe ou de premier rang, souscrite en faveur d'un bénéficiaire final. Contrairement à celle-ci, elle ne constitue pas, à proprement parler, une sûreté personnelle. Sa véritable nature consiste en une ouverture de crédit par signature que le garant de premier rang consent au contre-garant (15). Ceci explique que son autonomie ne saurait avoir exactement ni le même sens, ni la même portée que celle d'une garantie finale.

## II Sens et portée de l'autonomie des contre-garanties

Le problème posé n'est pas, bien entendu, celui de l'indépendance de la contre-garantie à l'égard du contrat de base. Le contre-garant, ayant invité le garant de premier rang à s'exécuter à première demande du bénéficiaire sans tenir compte des éventuelles exceptions inhérentes à ce contrat, serait manifestement mal venu de s'en prévaloir ensuite pour refuser sa couverture (16). L'autonomie dont il convient d'apprécier le sens et la portée, est celle qui est susceptible d'exister entre la contre-garantie et la garantie de premier rang elle-même. Autrement dit, dans quelle mesure un contre-garant pourrait-il opposer à son cocontractant les conditions dans lesquelles l'engagement de celui-ci a été appelé ou dans lesquelles celui-ci l'a exécuté ?

Il est affirmé, de façon générale, que de telles exceptions ne sont jamais recevables. De même que le garant de premier rang doit s'abstenir de porter un jugement sur la demande du bénéficiaire, le contre-garant ne peut contester le bien-fondé des appels du premier. Couvrant un engagement de premier rang indépendant, la contre-garantie devrait l'être nécessairement aussi, sans distinction aucune vis à vis de tous les autres rapports, y compris à l'égard de la garantie souscrite en faveur du bénéficiaire.

En pratique, il est vrai que le contre-garant promet à son correspondant une couverture inconditionnelle et automatique. Encore qu'il ne soit pas inconcevable que la contre-garantie puisse se résumer à une obligation de remboursement subordonnée à la bonne exécution de la garantie de premier rang. De tels accords demeurent rares (17).

La volonté des parties de reconnaître une certaine autonomie à la contre-garantie ne signifie pas pour autant que cette indépendance doive

(15) J.-P. Mattout, *op. cit.* n° 223 ; H. Synvet, *Lettres de crédit et de garantie en droit international privé*, Travaux du Comité français de DIP, années 1991-1993, éd. Pedone, Paris, 1994, p. 58 et s.

(16) Paris, ch. 14, sect. B, 10 févr. 1995, Soc. CIC de Paris c/Banque Industrielle et Immobilière Privée, *Jurisdata*, n° 021027.

(17) A titre d'illustration, cf. Paris, 15 janv. 1986, *Jurisdata*, n° 020050 ; cass. com., 5 févr. 1985 ; D. 1985, 271, note M. Vasseur.

premier rang, donnée à un bénéficiaire final. La nature distincte de ces deux types d'engagements exige que soit précisé le but poursuivi par un détachement de rapports contractuels liés (A) avant de s'interroger sur les conséquences exactes qu'il convient d'y attacher (B).

### A Fonction de l'autonomie de la contre-garantie

Un bref rappel du sens accordé à l'indépendance d'une garantie vis à vis du contrat couvert (1) permet de mieux saisir la fonction de l'autonomie susceptible d'être reconnue à la contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang (2).

#### 1. L'autonomie de la garantie du bénéficiaire

Le but poursuivi par les parties en détachant la garantie du contrat de base est évident : il consiste à renforcer la sécurité offerte au créancier. Plutôt que de l'obliger à justifier d'une créance sur son débiteur principal, celui-ci est autorisé à profiter d'un paiement dès lors qu'il l'aura appelé conformément aux termes de sa garantie. Or, les conditions posées par celle-ci restent, par hypothèse, purement formelles. Le plus souvent elles se limitent à un simple demande de sa part. Et, à supposer que la garantie oblige le bénéficiaire à faire état d'une réclamation contre son cocontractant, cette affirmation n'a pas à être établie, pas plus qu'elle n'est susceptible d'être contestée.

Contrairement à une caution qui n'offre au créancier qu'un nouveau recours sur la dette du débiteur principal, le garant autonome assume un engagement entièrement distinct de celui de son donneur d'ordre (18). Son obligation ne se résume pas à un simple rapport d'*obligatio* qui viendrait se greffer sur le *debitum* d'une dette principale. Elle correspond à une dette ayant un objet spécifique et indépendant : le règlement d'une somme d'argent forfaitaire en cas d'appel régulier de la garantie.

En conséquence, le garant ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du donneur d'ordre pour refuser d'honorer son propre engagement (19). La garantie doit être exécutée, abstraction faite des conditions dans lesquelles se trouve exécuté le contrat couvert. Elle doit même l'être indépendamment du sort réservé à celui-ci, c'est-à-dire malgré une annulation éventuelle de ce contrat.

Le sens et la portée de cette inopposabilité des exceptions sont dictés par le souci d'assurer au bénéficiaire de la garantie la protection

(18) Cf. civ. 1e 13 mars 1996, *RD Bancaire et bourse*, 1996, p. 123, obs. M. Contamine-Raynaud ; com., 13 déc. 1994, D. 1995, 209, note L. Aynès ; Paris, 3<sup>e</sup> ch. sect. B, 15 sept. 1995, *Jurisdata*, n° 022968 ; Rennes, 1<sup>er</sup> ch. sect. C, 2 mars 1995, *Jurisdata*, n° 043794 ; Aix-en-Provence, 2<sup>e</sup> ch., 23 mars 1995, *Jurisdata*, n° 041401 ; com., 10 janv. 1995, *JCP* 1995, II, 22397, note M. Billau ; D. 1995, 201, note L. Aynès.

(19) Paris, 15<sup>e</sup> ch., sect. B, 19 janv. 1995, *Jurisdata*, n° 020677.

tienne compte de son éventuelle mauvaise foi, même caractérisée. Pour préserver pleinement l'indépendance de son engagement, le garant refusera d'apprécier si l'appel du bénéficiaire est susceptible de se justifier au regard du contrat couvert et s'exécutera quoique cet appel puisse paraître infondé. A supposer que le donneur d'ordre se plaigne du caractère frauduleux ou abusif de l'appel du bénéficiaire, le garant n'en tiendra compte que si le vice apparaît de façon évidente et est établi avec certitude. L'inopposabilité des exceptions se fonde sur une renonciation formelle du garant à prendre en considération une relation autre que celle qui le lie personnellement au bénéficiaire. Elle ne repose pas, comme en droit cambiaire, sur une quelconque apparence créée par un titre et peut, dès lors, développer ses effets au delà des hypothèses où la revendication du bénéficiaire paraît légitime.

Il en résulte un véritable renversement de la situation de risque dans laquelle se trouvaient initialement les parties au contrat couvert. Le créancier, contraint normalement de se fier à la diligence de son débiteur, se trouve maintenant en position de force. Sa garantie autonome lui permet d'obtenir un règlement sans être obligé de poursuivre directement ce dernier, ni même de devoir démontrer sa défaillance. Au débiteur, obligé de supporter le paiement de la garantie, de se plaindre ensuite du caractère injustifié de l'appel du bénéficiaire. Mais il ne profitera d'aucune protection particulière pour en recouvrer le montant. C'est ce transfert de risque (20), dont conviennent expressément les parties au contrat de base, que réalise l'autonomie de la garantie offerte au créancier.

Tel ne peut évidemment être l'objet de l'indépendance d'une contre-garantie vis-à-vis de la garantie de premier rang.

## **2. La fonction de l'autonomie de la contre-garantie**

Le garant de premier rang se trouve dans une situation très différente du bénéficiaire final d'une garantie autonome. Comme il vient d'être observé, ce dernier cherche à se ménager un moyen de pression efficace contre son débiteur principal aussi bien qu'une indemnisation automatique en cas de défaillance de celui-ci. Cette protection passe par une dissociation du recours contre le garant de celui qu'il tient du contrat de base.

Le garant de premier rang ne dispose véritablement de recours que sur le contre-garant. Son souci n'est pas de rompre un quelconque lien entre cette couverture et une créance fondamentale, inexistante en l'espèce, mais simplement de renforcer le caractère contraignant de l'obligation du contre-garant. Car c'est bien à la demande de celui-ci et sous la promesse de sa couverture que le garant de premier rang s'est engagé.

subordonnée à la bonne exécution de l'engagement commandé. Une telle condition n'est cependant guère acceptable pour un garant de premier rang. Tenu de s'exécuter à première demande du bénéficiaire, sans pouvoir lui opposer la moindre exception étrangère à leur rapport, celui-ci souhaite naturellement disposer d'une totale liberté pour honorer sa signature. Il n'acceptera pas que son contre-garant puisse s'immiscer dans cette relation ou puisse contester les conditions dans lesquelles il entend l'exécuter. Il en va de sa renommée personnelle qu'il doit pouvoir défendre seul et en toute indépendance surtout lorsqu'il s'agit d'un garant professionnel. Le but de l'autonomie de l'obligation de contre-garantie n'est autre que d'assurer au garant de premier rang cette liberté.

Le contre-garant accepte ainsi que son correspondant apprécie souverainement les conditions de mise en jeu de la garantie de premier rang. Il renonce formellement à contester cette appréciation comme il dispense son cocontractant à justifier du paiement de sa garantie. Sauf convention contraire, celui-ci est, en effet, autorisé à réclamer sa couverture avant même de régler son propre créancier afin précisément de ne pas devoir avancer les fonds nécessaires à ce règlement. Quant au montant de la contre-garantie, il est évalué forfaitairement de sorte que le contre-garant n'a pas à prendre en considération non plus le montant de l'appel du bénéficiaire.

En définitive, le contrôle du contre-garant s'arrête donc à une vérification purement formelle de la mise en jeu de son engagement. Il doit honorer la demande de couverture de son cocontractant dès lors que celle-ci respecte les formes, normalement peu contraignantes, prévues par leur contrat et lui parvient à temps.

Le contre-garant se résout ainsi à dégager son correspondant de toute responsabilité dans l'accomplissement de sa mission. Il suffit à ce dernier de s'obliger envers le bénéficiaire final pour profiter d'une couverture inconditionnelle. Peu importe, en principe, la manière dont il décide, par la suite, d'exécuter la garantie de premier rang. Dès lors qu'il l'a souscrite, il est supposé avoir satisfait à toute obligation vis-à-vis du contre-garant, qui ne peut plus échapper à sa propre dette.

C'est à un tel aménagement des obligations constitutives du contrat de contre-garantie que conduit, en vérité, l'autonomie reconnue à la couverture due par le contre-garant. Liée au crédit que le garant de premier rang consent au contre-garant en acceptant de lui prêter sa signature, l'obligation du contre-garant est détachée, en revanche, des conditions dans lesquelles la garantie de premier rang sera honorée. C'est la portée exacte de ce détachement qu'il convient d'apprécier plus précisément.

(20) En allemand « Verschiebefunktion ».

Rien ne permet, en effet, de penser dans ces conditions que les parties ont entendu reconnaître la même portée à l'autonomie d'une contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang que celle dont l'une et l'autre jouissent à l'égard du contrat de base. Dans ce dernier cas, l'obligation du garant est dissociée de la dette d'un tiers – le donneur d'ordre – vis-à-vis de laquelle il suffit d'affirmer une inopposabilité des exceptions. Alors qu'en matière de contre-garantie, le détachement souhaité doit avoir lieu à l'égard d'une obligation assumée par le garant de premier rang lui-même et souscrite de surcroît en considération de la couverture promise par le contre-garant. Il n'est certainement pas dans l'intention des parties, ni dans leurs moyens, de rompre totalement le lien structurel existant entre ces deux engagements. L'indépendance de la contre-garantie ne sert, comme il vient d'être observé, qu'à mettre le garant de premier rang à l'abri d'une contestation de la manière dont il s'est exécuté ou entend s'exécuter vis à vis du bénéficiaire final. En tant que telle, elle connaît nécessairement des limites.

Le garant de premier rang ne peut prétendre au paiement de la contre-garantie tant que son propre engagement n'a pas été mis en jeu. S'agissant d'une couverture, même inconditionnelle, il est logique d'exiger que le risque envisagé, à savoir un paiement de la garantie de premier rang, se soit au moins concrétisé. Or, tant que le bénéficiaire n'a pas réclamé ce paiement, il n'existe, en principe, aucune raison pour le garant de premier rang de mettre à contribution son contre-garant. Au contraire, une telle initiative paraît *a priori* abusive dans la mesure où elle aboutit à exercer une contrainte illégitime sur le contre-garant à laquelle celui-ci doit pouvoir s'opposer (21). La Cour de cassation a eu l'occasion de le décider à propos d'une contre-garantie dont le paiement était réclamé à la suite d'une simple demande de prorogation de la garantie de premier rang (22), en retenant que la demande du garant de premier rang n'était, dans ce cas, pas justifiée.

Plus généralement, cette analyse conduit à dégager le contre-garant de son obligation dès lors qu'il est établi que le garant de premier rang ne doit aucun paiement au bénéficiaire final. L'hypothèse recouvre plusieurs situations.

Il se peut d'abord que la garantie de premier rang soit venue à expiration sans avoir été appelée. La contre-garantie, dont la durée excède normalement celle de l'engagement du garant de premier rang, perd alors sa raison d'être et doit être considérée comme caduque. La Cour de cassation marque certes quelques hésitations pour lier de la

(21) J.-P. Mattout, *op. cit.*, n° 224.

(22) Cass. com. 24 janv. 1989, *JCP* 1990, éd. G., II, 21425, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; et dans le même sens, CA Aix-en-Provence (ch. 2), 19 janv. 1995, Soc. Caillol c/ Soc. Générale, *Jurisdata*, n° 041788.

premier rang (23). Mais, l'on conçoit difficilement comment le garant de premier rang peut dans ces conditions encore devoir un règlement à son propre bénéficiaire. S'il décidait d'honorer une demande tardive de celui-ci, il commettrait une faute lourde. Or, l'exonération de sa responsabilité, à laquelle a consenti le contre-garant, n'est pas susceptible de couvrir une telle faute. Ce dernier peut, par conséquent, la lui opposer pour refuser sa contre-garantie (24).

Il peut paraître délicat d'étendre cette solution aux cas d'appels irréguliers du bénéficiaire. Le garant de premier rang doit certainement disposer d'une très large liberté pour apprécier si les conditions formelles de mise en jeu de sa garantie posées sont satisfaites. Peut-il pour autant renoncer à celles que son contre-garant lui a expressément demandé d'imposer au bénéficiaire ? Cela n'est pas certain. Rappelons qu'en matière de crédit documentaire, la banque confirmatrice est obligée, dans ce cas, de solliciter l'accord de la banque émettrice avant de régler le bénéficiaire (25). La solution ne paraît pas contraire à l'autonomie de la couverture du contre-garant dès lors que celui-ci a clairement indiqué à son correspondant les termes de la garantie à émettre en faveur du bénéficiaire final (26).

Reste à envisager l'hypothèse dans laquelle la garantie de premier rang a été mise en jeu de manière abusive ou frauduleuse. Tant que ce vice n'a pas été porté à la connaissance du garant de premier rang, celui-ci ne commet incontestablement aucune faute en faisant droit à l'appel illicite de son bénéficiaire et sa couverture ne saurait lui être refusée. Mais, dès lors que le garant de premier rang a parfaitement conscience du caractère manifestement abusif ou frauduleux de la demande du bénéficiaire, peut-il encore prétendre à un règlement de la part du contre-garant ?

Certains ont pu le penser en estimant que « *La simple connaissance par la banque garante de premier rang, appelant la contre-garantie, de la fraude ou de l'abus commis par le bénéficiaire* » (27) ne justifiait pas de paralyser la contre-garantie. Par analogie avec la solution admise à propos des garanties, directes ou de premier rang, émises au profit d'un bénéficiaire final, le paiement d'une contre-garantie ne devrait être refusé qu'à condition que la garantie de premier rang se soit rendu personnellement coupable d'une telle manœuvre malhonnête ou se soit du moins rendu complice du bénéficiaire. Or un tel concert frauduleux

(23) Cass. com. 8 nov. 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 322, BRDA 1994-23, p. 8 ; Cf. cependant cass. com., 3 avr. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 104, D. 1991, Som. com., p. 195, obs. M. Vasseur, *RD Bancaire et bourse* 1990, 169, obs. M. Contamine-Raynaud.

(24) Cf. Paris 22 janv. 1991, D. 1991, Som. com. 201, obs. M. Vasseur, qui qualifie dans ce cas abusive la mise en jeu de la contre-garantie.

(25) Art. 14 RUU, cf. J.-P. Mattout, *op. cit.*, n° 291.

(26) Cf. cass. com. 3 avr. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 104, D. 1991, Som. com., p. 195, obs. M. Vasseur, *RD Bancaire et bourse* 1990, 169, obs. M. Contamine-Raynaud.

(27) M. Vasseur, note sous Cass. com., 10 juin 1986, D. 1987, 17.



n'existe réellement qu'à partir de l'instant où le garant de premier rang a, outre la conscience du préjudice infligé au contre-garant, apporté au bénéficiaire final une aide, une assistance ou la fourniture de moyens lui permettant de réussir sa manœuvre.

Pendant plusieurs années, la jurisprudence avait fait sienne cette analyse en refusant d'interdire le paiement d'une contre-garantie autonome tant qu'il n'était pas établi que le garant de premier rang s'était véritablement associé à la fraude du bénéficiaire (28). Mais, la Cour de cassation est revenue récemment sur cette position. Dans un arrêt remarqué du 12 décembre 1995, elle a reconnu que la seule preuve de la connaissance par la banque garante de premier rang de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de sa garantie justifiait une interdiction de paiement à l'encontre de la banque contre-garante (29). Bien entendu, la banque garante de premier rang doit avoir acquis cette connaissance avant de s'exécuter entre les mains du bénéficiaire (30). Mais elle peut, le cas échéant, n'en être averti que postérieurement à l'appel de ce dernier. La solution est admise en matière de crédit documentaire (31). Malgré une jurisprudence encore incertaine (32), elle ne devrait plus poser difficulté pour les contre-garanties. Leur autonomie est réelle mais elle ne va pas sans limites. Vouloir les ignorer conduit, en vérité, à nier la nature même du contrat de contre-garantie.

(28) Cf. notamment com. 29 mars 1994, *JCP* 1994, éd. E, I, 378 n° 22 obs. C. Gavalda ; *D.* 1995, Som. 20 obs. M. Vasseur ; *RD Bancaire et bourse* 1994, 239, obs. M. Contamine-Raynaud ; *Quot. jur.* 10 mai 1994.

(29) Cass. com. 12 déc. 1995, *JDI* 1996, 674, note A. Prüm ; cf. aussi Montpellier, 12 juill. 1995, *Banque* 1995, 90, obs. J.-L. Guillot ; Paris (ch. 14<sup>e</sup>, sect. C) 30 sept. 1995, *Crédit Populaire d'Algérie c/ CSEE, Jurisdata*, n° 024126 ; Trib. com. Paris (18<sup>e</sup> ch.), 19 janv. 1995, *CSEE c/ BNP et Crédit Populaire d'Algérie*, RG 94 110095 (non publié).

(30) J.-P. Mattout, *op. cit.*, n° 240.

(31) Cf. J.-P. Mattout et A. Prüm, *Mise en œuvre de l'adage «fraus omnia corrumpit» dans le crédit documentaire irrévocable réalisable à terme, DPCI*, 1988, 107.

(32) Trib. com. Paris (18<sup>e</sup> ch.) 19 janv. 1995, citée supra et Paris (ch. 14<sup>e</sup> sect. B) du 30 sept. 1994, *Crédit Populaire d'Algérie c/ CSEE, Jurisdata*, n° 024126.