

et de la sécurité sociale, mais aussi dans le droit des assurances et du droit des assurances. La révolution de la fin du siècle a également transformé le droit des sûretés, avec l'émergence des garanties autonomes, et leur application à de nombreux domaines, notamment le droit des assurances et le droit des contrats de travail. Ces garanties autonomes sont devenues un véritable sujet de recherche et d'enseignement à l'université.

LA CONSÉCRATION LÉGALE DES GARANTIES AUTONOMES

La question de la nature et de la validité des garanties autonomes a été largement débattue, avec l'ouverture de deux colloques internationaux à Paris en 2005 et 2006. André PRÜM a été l'un des initiateurs de ces colloques, et a également été l'un des auteurs de l'ouvrage « *Garanties autonomes : un nouveau droit des sûretés* », publié par la maison d'éditions de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Ce livre, rédigé avec le docteur Philippe Simler, a été accueilli avec beaucoup d'intérêt et d'appréciation par la communauté juridique internationale.

Fruit de la liberté contractuelle, qui comporte en particulier le pouvoir de créer de nouvelles figures contractuelles en dehors des contrats nommés, les garanties autonomes viennent d'être rattrapées par le législateur qui leur a réservé une place de choix au sein du nouveau chapitre consacré aux sûretés personnelles dans le livre IV du Code civil issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Cette consécration peut surprendre s'agissant d'une technique qui s'est précisément développée en marge des sûretés officielles. La participation du grand professeur que nous honorons aujourd'hui à la préparation de la réforme du droit des sûretés au sein de la commission Grimaldi¹ inspire immédiatement la confiance sur ce choix. Autorité incontestable du cautionnement, Philippe Simler fut l'un des premiers à proposer une analyse cohérente des garanties autonomes². Ayant eu le privilège de bénéficier de ses conseils éclairés, l'auteur de la présente contribution lui doit reconnaissance et respect³.

Les garanties autonomes ne sont pas nées, comme on peut parfois l'entendre, simplement en réaction aux faiblesses consubstantielles du cautionnement, faiblesses accrues par une préoccupation exagérée des juges comme du législateur de protéger les cautions, en particulier les personnes physiques, contre des engagements jugés trop contraignants. Leur émergence dans le commerce international, au cours de la seconde moitié du siècle dernier, s'explique avant tout par la recherche d'une solution permettant aux exportateurs d'éviter les traditionnels dépôts de garantie, engendrant d'ondéreuses immobilisations de fonds, tout en procurant aux importateurs

1. Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, rapport à M. Dominique Perben, garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, 28 mars 2005, p. 2 et s, texte publié sur le site de l'Association Henri Capitant sous l'adresse <http://www.henricapitant.org>; P. SIMLER, *La réforme du droit des sûretés : un livre IV nouveau du Code civil : JCP G 2006, n° 13, I, 124; Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale des sûretés : dossier spécial Dr. et patrimoine, n° 140, sept. 2005*; L. AYNÉS, *Sûretés : « Une réforme plutôt réussie » : Dr. et patrimoine, n° 147, 2006*, p. 10.

2. P. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd., 2000.

3. P. SIMLER fut membre du jury de notre thèse, *Les garanties à première demande, essai sur l'autonomie*, Litec, 1994.

une protection équivalente. Les crédits documentaires ont, sans doute, servi dans ce contexte de modèle pour un nouvel engagement dont la caractéristique essentielle devait être de lier son débiteur – le garant – indépendamment des vicissitudes susceptibles d'affecter la relation commerciale sous-jacente. Les premières garanties autonomes ont d'ailleurs été émises sous la forme de *stand-by letters of credit*, c'est-à-dire en empruntant le canevas des crédits documentaires.

Il n'en demeure pas moins que le succès qu'elles ont rapidement connu est lié aux deux atouts essentiels qui les caractérisent – la sécurité et la flexibilité – et qui l'une et l'autre trouvent leur fondement dans une autonomie non bridée de la volonté des parties. Une promesse ferme et indiscutable de verser au bénéficiaire une somme d'argent déterminée, dès lors que celui-ci en fait la demande en se conformant simplement aux termes de la garantie, séduit par sa simplicité et la rigueur qui en résulte pour le garant. La possibilité d'agencer les modalités d'une telle garantie en fonction de l'accord du donneur d'ordre et du bénéficiaire de la garantie sans devoir tenir compte ultérieurement de l'exécution de la relation en contemplation de laquelle la garantie a été mise en place offre à l'instrument une grande souplesse. Elle prévient en même temps les parties contre les aléas et incertitudes d'une subordination de la garantie à une dette fondamentale dont le garant accepterait seulement la charge.

Par ces avantages, les garanties autonomes se distinguent nettement du cautionnement dont l'essence accessoire tempère la protection du bénéficiaire et encadre, même si c'est dans une moindre mesure, l'imagination dont les parties peuvent faire preuve pour spécifier les termes de la sécurité promise. En dehors du contexte originel du commerce international, les garanties autonomes ont su se développer ainsi, comme solution alternative au cautionnement, d'abord dans les relations d'affaires ensuite dans les rapports entre professionnels et particuliers.

Les tribunaux français, à l'instar de ceux des autres pays européens, n'avaient d'autre choix que de prendre acte du développement des garanties autonomes entre commerçants. Quel que soit le type d'obligation en cause, sa couverture par un engagement indépendant plutôt que par une sûreté accessoire sera le résultat d'un rapport de forces dans lequel ils n'ont aucun intérêt, ni aucune raison de s'immiscer. Pour s'opposer à cette nouvelle technique de garantie, ils auraient dû ou bien dénier aux parties la liberté d'imaginer une sûreté non prévue par la loi ou bien l'écartier au motif qu'elle serait constitutive d'un engagement abstrait dépourvu de valeur obligatoire en droit français. Mais une telle position aurait été extrêmement critiquable. Ce n'est donc pas étonnant que les tribunaux aient préféré, dès qu'ils y ont été confrontés, reconnaître la validité des garanties autonomes en visant précisément la liberté contractuelle.

Ce fondement rendait délicat la remise en question des engagements par lesquels de simples particuliers s'obligeaient à garantir à première demande des dettes souscrites à des fins professionnelles ou privées vis-à-vis d'entreprises commerciales, spécialement d'établissements financiers. L'affaiblissement progressif des cautionnements offerts par des personnes privées provoqué par une jurisprudence et des interventions législatives (trop?) soucieuses de leur protection conjugué au

surtout peu enviable réservé aux titulaires de sûretés réelles dans le cadre des procédures collectives n'ont pas manqué, en effet, d'encourager les professionnels du crédit à réclamer des garanties autonomes. D'après les situations qui ont émergé devant les tribunaux, il semblerait que ce soient certains établissements de crédit-bail qui se seraient laissés tenter en première ligne. Les litiges qui les opposent aux particuliers ayant accepté de leur procurer une garantie autonome témoignent des difficultés qu'éprouvent fréquemment ces derniers pour mesurer pleinement la rigueur et la portée d'un tel engagement. Malgré les plaidoyers sur le caractère déraisonnable vis-à-vis d'une personne physique d'une garantie ayant pour principal objectif d'éviter le régime du cautionnement, auquel certains auteurs n'ont pas hésité à donner un écho favorable, la Cour de cassation n'avait d'autre choix que d'admettre la licéité de la pratique. Ce n'est que dans des circonstances particulières que des décisions isolées des juridictions du fond ont pu considérer que la volonté de délivrer une garantie autonome reposait, en réalité, sur une erreur ou un dol justifiant l'annulation de celle-ci. Le résultat, sans doute louable, n'a cependant pu être atteint qu'au prix d'une interprétation exagérément large des conditions de la théorie des vices du consentement.

Au-delà de la liberté contractuelle, la validité du principe des garanties autonomes se trouve confortée par l'affirmation plus récente de leur caractère causé. En n'hésitant pas à rechercher les motivations profondes de la volonté du garant dans la relation liant le donneur d'ordre au bénéficiaire, la Cour de cassation a montré que l'indépendance qui doit caractériser la garantie n'implique pas que celle-ci doit obligatoirement être assimilée à un engagement abstrait. Elle a prévenu, par la même occasion, les garanties autonomes contre les critiques dont ce type d'engagement continue à faire l'objet.

Face à l'accueil, en définitive, très positif réservé par les tribunaux français aux garanties autonomes, quel intérêt pouvait avoir le législateur à les consacrer à son tour ? L'utilité des nouvelles dispositions n'est pas évidente. Associée aux réflexions devant conduire au projet d'ordonnance relative aux sûretés, la communauté bancaire s'était d'ailleurs montrée très réticente à une intervention législative destinée à faire rentrer les garanties autonomes dans les rangs des sûretés régies par le Code civil⁴.

Les travaux préparatoires de l'ordonnance du 23 mars 2006 insistent avant tout sur l'incohérence à entreprendre la modernisation du droit des sûretés en négligeant de considérer des techniques de garantie comme les lettres d'intention ou les garanties autonomes auxquelles la pratique réserve une place importante. L'argument est sérieux. Pour autant, l'intérêt du nouvel article 2321 du Code civil nous semble devoir être apprécié d'abord *per se* en ce qu'il érige la garantie autonome en un nouveau contrat nommé, avant de la mesurer à l'aune de cet impératif de politique législative.

4. A. BAC, *La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés : Dr. et patrimoine*, n° 140, sept. 2005, p. 99.

I. — L'ÉRECTION DE LA GARANTIE AUTONOME EN UN CONTRAT NOMMÉ

Tout contrat nommé forme en soi une catégorie à laquelle se trouve attaché un régime juridique plus ou moins détaillé. En élévant la garantie autonome au statut d'un contrat nommé, le législateur a songé en première ligne à sa définition. Il n'en demeure pas moins qu'il a posé par la même occasion les éléments essentiels de son régime.

A. — La catégorie « garantie autonome »

Le nouvel article 2321 du Code civil définit la garantie autonome comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ». Reprise à quelques nuances près des propositions faites par la commission Grimaldi, la définition concilie la finalité de l'engagement avec l'indépendance que les parties souhaitent lui reconnaître vis-à-vis de l'obligation garantie. La référence à cette dernière fait ressortir le but et la cause de l'engagement, évitant ainsi qu'il ne soit assimilé à une dette abstraite ou confondue avec une reconnaissance de dette. En centrant l'objet de l'obligation sur le versement d'une somme d'argent l'accent est placé sur la différence essentielle entre une garantie autonome et un cautionnement où le garant s'oblige nécessairement à payer directement la dette d'autrui. Il faut se féliciter que le législateur ait construit sa définition sur ce trait distinctif que la doctrine a mis en lumière de longue date et auquel la Cour de cassation se réfère constamment depuis plusieurs années.

Pour le surplus, la nouvelle notion laisse une large marge de manœuvre à la pratique puisqu'elle se contente de prévoir que la garantie peut être stipulée payable sur simple demande ou suivant toute autre modalité convenue entre parties. Cette flexibilité permet d'embrasser tout le spectre des garanties autonomes en commençant par la formule la plus simple et la plus fréquente des engagements dits « à première demande » sans négliger toutes les figures des garanties documentaires, sur demande justifiée ou « glissantes ». Aucune forme de garantie réellement indépendante n'échappe ainsi à la catégorie définie.

L'approche consistant à conjuguer de la sorte un critère distinctif précis fondé sur l'objet de l'engagement avec les ressorts de l'imagination des praticiens mérite le respect. Elle permettra à la nouvelle catégorie d'accueillir des garanties variées sans que le concept central ne s'en trouve dilué. À ce titre, la définition pourrait avoir un effet correcteur à l'endroit de qualifications opportunistes auxquelles la Cour de cassation s'est laissée parfois aller. On pense évidemment à l'assimilation de certains cautionnements délivrés en couverture d'obligations professionnelles à des garanties autonomes à la seule fin d'éviter leur extinction suite à l'absence de déclaration, dans les délais, de la créance principale dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur principal. La déformation du concept des garanties autonomes engendrée par de telles assimilations n'était guère, et

malgré les vives critiques de la doctrine, possible qu'en l'absence d'une définition légale. Le nouvel article 2321 du Code civil devrait permettre d'exclure à l'avenir les garanties professionnelles, dont l'objet n'est autre que de payer la dette d'un tiers, de la catégorie des garanties autonomes. Celle-ci retrouverait ainsi une pureté que seuls les juges avaient osé troubler.

Le caractère ouvert de la définition a contraint le législateur à prendre position sur un second terrain où les tribunaux ont, à l'inverse, adopté une attitude neutre, celui de la validité des garanties autonomes souscrites par des particuliers. Au vu de la liberté contractuelle, la prohibition ciblée de certains emplois des garanties indépendantes ne pouvait d'ailleurs venir que de son initiative. Tel est l'objet des interdictions insérées dans le Code de la consommation pour proscrire l'usage des garanties autonomes en couverture de crédits à la consommation ou de crédits immobiliers régis par ledit code et dans la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation pour cantonner leur utilisation au remplacement d'un dépôt de garantie et ce dans la limite du montant pour lequel un tel dépôt peut être exigé. L'une et l'autre de ces restrictions paraissent fondées et raisonnables.

En se contentant de disposer que « la garantie自主的 definie à l'article 2321 du Code civil ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit [...] » ou « en lieu et place du dépôt de garantie [...] », le législateur s'est toutefois contenté d'une formule peu habituelle pour édicter la nullité totale ou partielle d'un engagement. Mieux aurait valu poser l'interdiction en nommant de manière explicite sa sanction. Le doute n'est probablement pas permis pour les garanties délivrées en violation directe de l'une ou l'autre disposition. Mais il n'est pas totalement exclu pour l'engagement garantissant un bail d'habitation souscrit en remplacement d'un dépôt de garantie dont le montant excède la permission prévue. La logique voudrait qu'il soit réduit plutôt qu'annulé complètement. Pourquoi ne pas l'avoir précisé ?

B. – Le régime légal de la garantie autonome

Le régime attaché à la qualification se veut minimalist. L'ambition d'accueillir la garantie autonome au sein du Code civil est en première ligne d'ordre conceptuel, elle ne visait pas, il faut s'en féliciter, à l'enfermer dans un carcan qui se serait très vraisemblablement révélé trop étroit.

Le régime retenu se résume à trois règles qui découlent directement de l'indépendance de la garantie par rapport à la relation juridique qu'elle a vocation à couvrir. Le trait le plus marquant de cette indépendance réside certainement dans la renonciation par le garant à opposer au bénéficiaire toute exception extérieure au contrat de garantie, en particulier celles qui se rapportent à l'obligation garantie. Il découle clairement de sa définition que la garantie autonome n'a pas pour objet le paiement de cette obligation mais le versement d'une somme d'argent déterminée. L'inopposabilité des exceptions constitue le corollaire de ce détachement de la relation juridique sous-jacente. La règle énoncée par le troisième alinéa de l'article 2321 participe ainsi presque autant à la définition qu'il n'impose une interdiction au garant.

La portée des deux autres règles est différente en ce qu'elles édictent des solutions qui ne contient pas directement la notion de la garantie autonome. L'une et l'autre sont incontestables quant au principe qu'elles posent même si celui-ci est exprimé plus ou moins adroûtement.

Le législateur a cru utile de préciser tout d'abord que « le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ». Les exceptions de la fraude et de l'abus manifestes ont toujours été admises par les tribunaux. Elles font même l'unanimité sur un plan international puisqu'elles sont reprises aussi bien par les règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relative aux garanties sur demande⁵ que par la Convention internationale sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit « stand-by » de la CNUDCI⁶. Leur rappel par l'article 2321, alinéa second du Code civil présente l'intérêt de dissiper tout doute quant à la signification concrète de l'autonomie de la garantie en droit français. D'un point de vue purement stylistique, on regrettera simplement que cette dérogation soit énoncée dans un alinéa précédent celui qui comporte le principe même de l'indépendance en affirmant l'inopposabilité des exceptions.

Plus gênante est l'indication que la fraude, ou l'abus, si elle n'est pas le fait exclusif du bénéficiaire, doit être le fruit d'une collusion entre ce dernier et le donneur d'ordre⁷. L'hypothèse visée est sans nul doute celle où une contre-garantie est adjointe à la garantie délivrée au bénéficiaire⁸. La difficulté classique qui se rencontre dans ce cas de figure est d'éviter, en présence d'une fraude ou d'un abus du bénéficiaire, non seulement le paiement de ce dernier mais également l'exécution de la contre-garantie. Les tribunaux ne se contentent pas de la preuve de la malhonnêteté du bénéficiaire final pour interdire au contre-garant d'honorer son engagement vis-à-vis du garant au premier rang. Ils n'admettent de priver ce dernier de sa couverture qu'à condition qu'il soit démontré au surplus qu'il s'est rendu complice du bénéficiaire final en réclamant le paiement de la contre-garantie tout en sachant parfaitement que la mise en jeu de son propre engagement est manifestement abusive ou frauduleuse⁹. C'est donc bien entre le bénéficiaire final et le garant de premier rang, lui-même bénéficiaire de la contre-garantie, que doit exister la collusion frauduleuse. Le donneur d'ordre n'a évidemment aucun intérêt à participer à une manœuvre dont il sera en définitive la victime. Il en est de même du contre-garant qui donne au garant de premier rang l'instruction d'émettre l'engagement en faveur du bénéficiaire final. La règle telle qu'elle est posée par le second alinéa de l'article 2321 du Code civil n'a tout simplement pas de sens lorsque l'on tente de

5. Publication ICC n° 458.

6. Convention adoptée le 6 novembre 1995 et mise en vigueur le 1er juillet 1997.

7. La règle ne figure pas dans les propositions de la commission Grimaldi, mais a été ajoutée aux cours des discussions parlementaires.

8. C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2006, préface H. SYNET.

9. P. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 914 ; A. PRÜM, *De l'autonomie des contre-garanties autonomes* : in *Mélanges AEDBF*, Banque Éditeur, 1997, p. 261 ss.

l'appliquer à la situation décrite. Ajoutée au cours des travaux préparatoires, sa formulation ne peut être que le fruit d'une erreur. Il faut espérer qu'elle sera rapidement redressée.

Enfin, le dernier alinéa de l'article 2321 du Code civil pose, à titre supplétif, le principe que le transfert de l'obligation garantie n'emporte pas celui de la garantie. La solution devait faire écho au principe inverse figurant parmi les dispositions générales applicables à toutes les sûretés que la commission Grimaldi avait suggérées d'insérer en tête du nouveau livre quatrième du Code civil. Même si le législateur a décidé, en définitive, de faire l'économie de la solution générale, la précision donnée à propos des garanties autonomes est bienvenue. Elle coupe court aux discussions susceptibles d'être soulevées à ce sujet et présente le mérite d'avertir les potentiels cessionnaires de la créance couverte qu'ils ne récupéreront pas automatiquement le bénéfice de la garantie. La latitude laissée aux parties de prévoir la solution inverse introduit une souplesse qui peut s'avérer particulièrement utile en présence de créances qui n'ont pas vocation à être conservées nécessairement par leurs titulaires originels. Sans rompre l'autonomie de la garantie, une clause prévoyant un transfert aux titulaires successifs de la créance garantie facilitera sa mobilisation et renforcera, par la même occasion, sa valeur.

II. – L'ÉLARGISSEMENT DES SÛRETÉS PERSONNELLES

OFFICIELLES AUX GARANTIES AUTONOMES

Les réflexions menées pour préparer la réforme du droit des sûretés se sont orientées autour de deux objectifs fondamentaux : 1) « rendre au droit français des sûretés les qualités de lisibilité et d'accessibilité, [...] qui sont, pour les citoyens comme pour les agents économiques, les conditions de la sécurité juridique nécessaire au développement du crédit » et 2) moderniser le droit des sûretés dans la perspective d'en améliorer les solutions et plus généralement de renforcer l'attractivité du droit français¹⁰. Le rapport au président de la République accompagnant l'ordonnance du 23 mars 2006 rappelle explicitement la première finalité¹¹ ; la seconde transparaît clairement à travers les travaux parlementaires à l'origine de la loi du 26 juillet du 2005 sur « la confiance et la modernisation de l'économie » qui habilita le gouvernement à adopter la réforme en question par voie d'ordonnance¹².

Le tableau des sûretés personnelles serait resté très incomplet si la réforme l'avait restreint au seul cautionnement. En y incluant les garanties autonomes et les lettres d'intention, le législateur a ouvert le Code civil à deux types de sûreté qui jouent un rôle essentiel dans la vie des affaires. Même si le régime se résume, comme nous l'avons observé pour les premières, à quelques règles évidentes leur

10. Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, rapport précité, p. 2 et s.

11. JO n° 71 du 24 mars 2006, p. 4467.

12. Voir, en particulier, l'avis n° 437 (2004-2005) de M. François-Noël BUFFET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 29 juin 2005 (<http://www.senat.fr/rap/a04-437/a04-437.htm>), commentaire sous l'examen de l'article 6.

présence au sein du code les dote d'une légitimité renforcée. Certes, il aurait été hautement improbable que la jurisprudence remette en question des techniques de garantie aujourd'hui éprouvées. L'expérience montre qu'elle était cependant capable d'en défigurer les qualités essentielles. C'est ainsi que l'autonomie caractéristique des garanties indépendantes a pu être pliée au souhait d'en prêter l'habit à des engagements manifestement accessoires. Le même genre de liberté a été pris avec le concept des lettres d'intention lorsque la Cour de cassation a dénié la qualité de « garanties » à celles qui ne comportent qu'une obligation de moyens afin de les faire échapper à l'autorisation obligatoire du conseil d'administration lorsqu'elles émanent d'une société par actions.

La consécration légale des garanties autonomes et des lettres d'intention leur confère une nouvelle vigueur qui empêchera les latitudes que les juges ont pu prendre, fût-ce à titre exceptionnel, avec l'une comme avec l'autre. Elle pourrait encourager par la même occasion leur utilisation dans les limites, s'agissant des garanties, arrêtées par le législateur.

À ces effets concrets, s'ajoute un mérite d'ordre général. En s'ouvrant à des garanties conçues par la pratique, le législateur français fait preuve d'une attitude pragmatique que le monde des affaires ne manquera pas d'apprécier. Il donne aussi un signal clair qu'il est attaché à une modernisation des règles y compris de celles qui avaient jusqu'à présent été considérées comme des monuments quasiment intouchables. La réforme du droit des sûretés s'inscrit en effet dans un mouvement plus large de modernisation du Code civil et de sa réhabilitation comme siège des règles essentielles régissant les transactions juridiques. En adaptant le droit des obligations et le droit des sûretés aux besoins de l'économie et en regroupant au sein du code les dispositions périphériques gouvernant ces matières, le législateur renforce une œuvre qui a fait longtemps le prestige du droit privé français. L'intention est louable. Gageons qu'elle contribuera à redorer l'image qu'on s'en fait parfois à l'étranger.

À l'immédiat, tout ce qui paraît être une simplification et une modernisation mérite d'être salué. Mais il convient de faire quelques réserves. La réforme du droit des obligations et des sûretés a été déclenchée par la volonté de simplifier et de moderniser le droit des obligations. C'est une volonté louable, mais il convient de faire attention à ce que la simplification ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique et de la sécurité financière.

La simplification du droit des obligations et des sûretés peut être réalisée par la suppression de certains régimes de responsabilité et de garantie, mais il convient de faire attention à ce que la simplification ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique et de la sécurité financière.

La simplification du droit des obligations et des sûretés peut être réalisée par la suppression de certains régimes de responsabilité et de garantie, mais il convient de faire attention à ce que la simplification ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique et de la sécurité financière.