

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL

paraissant tous les trois mois

FONDÉ EN 1874

par
EDOUARD CLUNET

Continué

de 1923 à 1948
par

ANDRÉ PRUDHOMME

de 1950 à 1993

par
BERTHOLD GOLDMAN

Directeur :

PHILIPPE KAHN

Sous le haut patronage de

P. BELLET, J.-D. BREDIN, J. DEHAUSSY
P. DRAI, M. GAUDET, M. LONG,
M. MARTIN, B. OPPETIT, R. PINTO, S. ROZÉS,
J. VASSOGNE, P. WEIL



EDITIONS DU
JURIS-CLASSEUR

141, rue de Javel
75747 PARIS Cedex 15

1996

Journal publié avec le concours du C.N.R.S.

— Roger DAYANT. —
HARD. — Jacques FOYER.
QUET. — Hélène GAUDE-
rard LÉGIER. — Robert
RN. — Pierre MAYER. —
é. — Jean SCHAPIRA. —
OZ.

rie : Mohand ISSAD. —
itz ENDERLEIN. — Améri-
utriche : P' Ignaz SEIDL-
), BATISTA. — Bulgarie :
VLAVSKY. — Danemark :
ian CREMADES. — Etats-
e : Philippe DRAKIDIS. —
oc : Tullio TREVES. —
ite : Paul DECROUX. —
h. DEELEN. — Pologne :
ette LALIVE. — Tunisie :

ALES.

rbirage de la Chambre
Jean-Jacques ARNALDEZ.
Marc SOREL. — Cour et
DECAUX, Paul TAVERNIER.
s : Claude J. BERR, Jean-
Angèle HERMITTE, André
ux : David RUZIE.

Elisabeth GALLAY.
télé : 45.58.94.06)

pas dans l'arrêt pour lequel le prix est portable alors que la Convention de La Haye du 15 juin 1955, droit international privé de la juridiction saisie, conduisait au droit français, droit du vendeur pour lequel le prix est quérable. On notera que cette règle était valable parce que le contrat a été conclu avant 1988, date de l'entrée en vigueur pour la France de la Convention de Vienne sur la vente internationale. En effet, cette dernière convention a rendu le prix portable ; c'est une de ses innovations par rapport au droit du Code civil qu'elle remplace dans son domaine d'application.

La dernière décision, décision de rejet, complète bien la vision des mécanismes juridiques applicables à la vente internationale. Dans ce dernier cas, la vente de vins avait été conclue en juillet 1988 entre un vendeur italien et des acheteurs français. Comme la France, l'Italie anciennement partie à la Convention de La Haye de 1964 a été un des premiers pays à ratifier la Convention de Vienne qui est également entrée en vigueur pour elle le 1^{er} janvier 1988. La Convention était applicable au contrat en vertu de l'article 1, 1 a. Elle a introduit la notion de conformité des marchandises vendues (art. 35) destinée à se substituer aux différentes approches des droits civils (erreur, défaut, etc.) en distinguant les graves atteintes à la conformité (contravention essentielle) qui conduisent à la résolution et les atteintes moins graves qui permettent l'application de sanctions moins lourdes (réduction de prix, remplacement de la marchandise, dommages-intérêts). La livraison de vins chaptalisés constituait une livraison non conforme selon l'article 35 et également une contravention essentielle selon l'article 25. Petit à petit et selon un rythme de plus en plus rapide, la Convention de Vienne trouve son domaine. Il se révèle que le système fonctionne plutôt bien (Cpr. Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, LGDJ, Paris, 1995) aussi bien pour les applications de droit matériel (Vienne) que pour le règlement des conflits de lois (La Haye).

Ph. KAHN.

Garantie à première demande. — Appel. — Contre-garantie. — Appel par le garant. — Refus de payer. — Appel abusif. — Conditions.

Cour de cassation, chambre commerciale. — 12 décembre 1995. — MM. Bézard, président ; Dumas, conseiller-rapporteur ; Lafortune, avocat général. — Société Banco exterior de Espana c/ Société Iberlat et autres et Banque française du Commerce extérieur. — SCP Defrénois et Levis, M^c Copper-Royer et SCP Guiguet, Bachellier et Potier de la Varde, avocats.

Seule la preuve de la connaissance par la Banque garante de premier rang de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang est susceptible de justifier une interdiction de paiement à l'encontre de la Banque contre-garante.

J.D.I. 3, 1996

LA COUR,

Sur le moyen unique, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif critiqué, qu'aux termes d'un « pré-contrat » en date du 5 septembre 1991, auquel était annexée une « offre d'achat » datée du 2 avril 1991, trois sociétés, dont la société Union laitière normande (ULN), celle-ci par l'intermédiaire de sa filiale espagnole, la société Iberlat, ont promis à la société Tabacalera de lui acheter des actions de la société Lactaria Espanola (Lesa), en se réservant le droit de retirer leur offre si les pertes de cette société étaient supérieures à un certain montant ; qu'il était précisé que, si l'acte de cession n'était pas signé avant le 31 décembre 1991, pour des raisons non imputables à la société Tabacalera, il lui serait versé une pénalité ; que la société Banco exterior de Espana a garanti à la société Tabacalera le paiement d'une somme déterminée, à l'échéance du 15 janvier 1992, à première demande, sur son affirmation que le défaut de signature du contrat de cession d'actions à la date fixée ne lui était pas imputable ; que la Banque française du commerce extérieur (B.F.C.E.) a contre-garanti, dans les mêmes conditions, la Banco exterior de Espana ; qu'un rapport d'audit ayant révélé que les pertes de la société Lesa étaient supérieures au montant prévu, la société Tabacalera a été informée de ce que l'offre d'achat d'actions était retirée ; que, le 2 janvier 1992, la société Tabacalera a appelé la garantie en présentant à la Banco exterior de Espana un certificat indiquant que le contrat d'acquisition d'actions n'avait pas été signé pour des raisons qui ne pouvaient lui être imputées ; qu'après avoir appelé en vain la contre-garantie, la Banco exterior de Espana a, le 15 janvier 1992, payé la société Tabacalera ; que le juge des référés a autorisé la B.F.C.E. à ne pas payer tant qu'une décision sur le fond ne serait pas intervenue ; que la Banco exterior de Espana a assigné les sociétés Iberlat et ULN ainsi que la B.F.C.E. devant le tribunal ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de la Banco exterior de Espana, l'arrêt retient que l'appel par la société Tabacalera de la garantie émise à son profit par la Banco exterior de Espana est abusif puisqu'un document émanant d'un cabinet de révision comptable a établi que les conditions de la dénonciation de la cession étaient réunies et que le donneur d'ordre a effectivement usé de la faculté qui lui était ouverte par le contrat ; qu'il retient, en outre, que les sociétés ULN et Iberlat peuvent opposer cet abus au garant et au contre-garant puisqu'il ressort des éléments du dossier qu'avant le paiement effectué par la Banco exterior de Espana le 15 janvier 1992, cette banque a été informée dès le 27 décembre 1991 que l'attestation fournie par la société Tabacalera bénéficiaire n'était pas exacte ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par un motif impropre à caractériser la connaissance qu'avait la Banco exterior de Espana, de la réalité du

J.D.I. 3, 1996

caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 12 mars 1993, entre les parties, par la Cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Orléans ;

Rejette les demandes de la Banco exterior de Espana et de la B.F.C.E., fondées sur l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile.

NOTE. — Le contentieux des garanties à première demande n'est pas encore tari, comme en atteste l'arrêt intéressant de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 décembre 1995.

A l'origine du litige se trouvent les faits suivants. Trois sociétés, souhaitant prendre le contrôle de la Société Lactaria Espanola, ratifièrent avec son principal actionnaire, la société espagnole Tabacalera, une promesse d'acquisition de sa participation. La promesse prévoyait la passation de l'acte de vente définitif avant le 31 décembre 1991, mais réservait aux promettants la faculté de se rétracter au cas où il s'avérerait, avant cette échéance, que la société concernée aurait subi des pertes trop importantes. En outre, l'acte stipulait le paiement d'une pénalité incombant aux promettants si la vente n'était pas conclue pour un motif non imputable à la société Tabacalera. La Banco exterior de Espana — intervenant sur les instructions et sous la contre-garantie de la B.F.C.E., banque de ces mêmes promettants — garantissait cette pénalité.

Ultérieurement, un audit de la Société Lactaria Espanola révélait des pertes sensiblement supérieures au seuil accepté par les promettants. Ces derniers décidèrent de dénoncer leur offre et en informèrent la Banco exterior de Espana. Malgré ce, la société Tabacalera mit la banque en demeure de s'exécuter en attestant, comme l'y invitait l'acte de garantie, « que le contrat de cession n'avait pas été signé au 31 décembre 1991 et ceci pour une cause non imputable à une non-exécution de sa part ». Après en avoir averti la B.F.C.E., la Banco exterior de Espana honorait son engagement et mettait en jeu sa contre-garantie. Inquiets de devoir, à leur tour, couvrir un paiement qu'ils estimaient totalement injustifié, les promettants s'opposèrent, d'abord en référé puis devant les juges du fond, au règlement de la contre-garantie.

La Cour d'appel de Paris, le 12 mars 1993, fit droit à leur demande. Mais en fondant l'interdiction de paiement adressée à la banque contre-garante sur le seul motif d'une mise en jeu abusive non point de la contre-garantie, mais de la garantie de premier rang, la décision méconnaissait la règle selon laquelle la fraude dont a pu se rendre coupable le bénéficiaire n'entache pas en soi et de plein droit l'appel du garant de premier rang.

Partant, la censure de la chambre commerciale s'imposait. Sous le visa de l'article 1134 du Code civil, celle-ci reproche à la Cour de Paris de s'être déterminée « par un motif impropre à caractériser la connaissance qu'avait la Banco exterior de Espana de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie » de premier rang et d'avoir ainsi privé son arrêt de toute base légale.

Sous l'apparence de l'application d'une solution fermement établie, l'arrêt du 12 décembre 1995 n'en est pas moins riche d'enseignements sur les conditions

dans lesquelles la Cour de cassation admet la paralysie d'une contre-garantie en cas de mise en jeu abusive de la garantie de premier rang. Quelques brèves observations sur la nature et l'autonomie des contre-garanties permettent de mieux l'apprécier.

I. — NATURE ET AUTONOMIE D'UNE CONTRE-GARANTIE.

Il est courant, par commodité, d'assimiler les contre-garanties à des garanties autonomes directes ou de premier rang afin de les soumettre, à quelques nuances près, au régime générique de ces dernières (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 2^e 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^e éd., 1991, n° 870). Un examen plus précis révèle les limites de cette confusion qui ne permet de discerner ni la véritable nature des engagements de contre-garantie, ni la portée de leur autonomie.

A. — Précisions sur la nature des engagements de contre-garanties.

Si la liberté des parties permet d'imaginer les figures contractuelles les plus variées, les contre-garanties bancaires s'alignent, le plus souvent, sur un schéma tout à fait classique : ne pouvant émettre lui-même la garantie attendue par le bénéficiaire, le banquier du donneur d'ordre demande à l'un de ses correspondants de s'obliger en premier rang en s'engageant à le tenir indemne de son intervention (Cf. à titre d'illustration les modèles de lettres d'instructions à une banque correspondante pour l'émission de garanties sur demande élaborées par la CCI, publication CCI, n° 458). Le banquier sollicité décide d'obtempérer à cette demande sur la seule considération de la confiance qu'il accorde à la banque requérante. Son intention n'est en aucun cas d'accorder un crédit au donneur d'ordre initial envers lequel il ne prend pas d'engagement et n'a aucune relation contractuelle directe (J. Stoufflet, « La garantie bancaire à première demande » : *J.D.I.* 1987, 265, n° 42 ; A. Prüm, *Les garanties à première demande*, Litec, 1994, n° 287 ; CA Paris (Ch. 5, sect. B) 22 sept. 1995, Soc. Technip c/ B.F.C.E., *Jurisdata* n° 024008).

Dès lors, la banque garante de premier rang ne dispose pas, à notre avis, d'une action de nature contractuelle à l'encontre du donneur d'ordre lorsque son engagement est mis en jeu, sans qu'elle soit couverte par le contre-garant (Cf. cependant Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 232). Elle ne se trouve pas, bien évidemment, privée de ce fait de tout recours, l'utilité de son intervention pour le donneur d'ordre étant incontestable (Cf. Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1992 : *Bull. civ. I*, n° 167 ; *R.T.D. civ.* 1993, 130, obs. J. Mestre). A l'instar de la caution qui n'aura pas été « mandatée » par le débiteur principal, le garant de premier rang pourra fonder son action sur l'existence d'une gestion d'affaires, sinon sur l'enrichissement injustifié résultant indirectement pour le donneur d'ordre du paiement de la garantie de premier rang (Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 143 ; Ph. Simler, *op. cit.*, n° 529). L'existence d'un recours subrogatoire paraît, en revanche, moins certaine (Cf. G. Marty, P. Raynaud, Ph. Jestaz, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n° 632 s. ; H. L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, Sûretés, Publicité foncière, Montchrestien, 6^e éd., 1988, par V. Ranouil et F. Chabas, n° 53-7 ; A. Prüm, *op. cit.*, n° 56) bien que cette hésitation ne soit pas partagée par tous (Cf. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 232) et que la jurisprudence ait tendance à étendre le bénéfice d'une

subrogation au titre de l'article 1251-3° du Code civil à des personnes acquittant une dette qui leur soit strictement personnelle.

Il ressort de cette organisation particulière des relations contractuelles que la contre-garantie ne constitue pas, à proprement parler, une sûreté non plus qu'une autre forme de sous-garantie, à l'image d'un sous-cautionnement (*Contra*, cependant, Ph. Simler, *op. cit.*, n° 870), faute de pouvoir se greffer sur un rapport contractuel extérieur — une dette du donneur d'ordre vis-à-vis du garant de premier rang — en l'espèce inexistant (La qualification de sous-contrat semble déjà exclue par la nature de l'obligation du garant de premier rang. J. Neret, *Le sous contrat*, LGDJ, Paris, 1979, n° 45). L'obligation du contre-garant consiste simplement à devoir honorer le crédit par signature que lui a consenti le garant de premier rang en acceptant de délivrer, sous sa responsabilité, la garantie réclamée par le bénéficiaire (A. Prüm, *op. cit.*, n° 280 s.). Elle lui reste en cela strictement personnelle et ne doit pas être confondue avec la couverture, fut-elle autonome, de la dette d'un tiers.

Malgré leur dénomination, les contre-garanties se distinguent ainsi nettement, tant par leur objet que par leur fonction, des garanties indépendantes souscrites en faveur de bénéficiaires finaux. Comme certains ont pu le souligner, à juste titre (H. Synvet, « Lettres de crédit et de garantie en droit international privé » : *Trav. Comité fr. DIP* 1991-1993, Pedone, Paris, 1994, p. 58 s.), elles méritent plutôt d'être rapprochées de la relation nouée entre un contre-garant et son propre donneur d'ordre (sur la nature de ce recours, Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 232 ; Ph. Simler, *op. cit.*, n° 935 ; A. Prüm, *op. cit.*, n° 45 s.), observation qui n'est pas dénuée de tout intérêt lorsqu'il convient de mesurer leur degré d'autonomie.

B. — L'autonomie d'une contre-garantie.

Ayant invité la banque garante de premier rang à s'engager de manière autonome, c'est-à-dire sans pouvoir opposer au bénéficiaire final une quelconque exception inhérente au rapport fondamental unissant ce dernier au donneur d'ordre, le contre-garant serait de toute évidence mal venu de se prévaloir de telles exceptions pour refuser sa couverture (à titre d'illustration Cf. CA Paris, ch. 14, sect. B, 10 fév. 1995, Soc. CIC de Paris c/ Banque Industrielle et Mobilière Privée, *Jurisdata* n° 021027). La garantie de premier rang n'étant pas une dette accessoire, mais indépendante du rapport fondamental, la contre-garantie l'est nécessairement aussi. De la même façon, le contre-garant ne saurait arguer dans sa relation avec le garant de premier rang de difficultés susceptibles de l'opposer au donneur d'ordre. Sa couverture n'est pas liée à l'engagement de ce dernier qui, nous l'avons observé, n'est de toute façon pas tenu directement envers le garant de premier rang.

Cette double indépendance de la contre-garantie, tant à l'égard du contrat fondamental que du rapport d'ordre, est obligatoire puisqu'inhérente à la structure même des relations contractuelles (Ph. Simler, *op. cit.*, n° 872). Elle ne préjuge pas cependant de l'autonomie susceptible d'être reconnue à la contre-garantie par rapport à la garantie de premier rang. Celle-ci reste, en effet, sujet à négociation.

Dans la mesure où la banque contre-garante ne s'oblige pas, en principe, directement vis-à-vis du bénéficiaire final, à l'opposé d'une banque confirmant ou certifiant l'engagement souscrit en faveur de ce dernier, la banque garante de premier rang a assurément tout intérêt à lui réclamer la couverture la plus large non seulement en risque mais encore en trésorerie. Mais il n'est pas illégitime pour la banque contre-garante de se ménager un droit de regard sur la bonne exécution de sa mission par son correspondant afin de pouvoir lui reprocher, le

cas échéant, la délivrance d'une garantie non conforme à ses instructions ou le non-respect de celles-ci lors de sa mise en jeu.

Les termes imprécis, sinon laconiques, de nombreuses contre-garanties ne facilitent pas toujours l'interprétation du compromis négocié. Certes, il est peu fréquent qu'une banque garante de premier rang accepte de s'engager sur la base d'une couverture dont le paiement pourrait être refusé pour des motifs tenant à la délivrance ou aux conditions d'exécution de la garantie de premier rang (CA Paris, 14 déc. 1994, SA Méridien Biao Togo c/ Banque Rivaud, *Jurisdata* n° 024541). A défaut de précision, il semble difficile cependant de déterminer, par exemple, si le garant de premier rang peut réclamer le paiement de sa contre-garantie avant même qu'il ait été mis en demeure par le bénéficiaire final. Sans avoir pris position de façon explicite, la chambre commerciale y semble plutôt réticente (Cass. com., 24 janv. 1989 ; *J.C.P.* 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/ Société Générale, *Jurisdata* n° 041788).

De même, peut-on s'interroger sur le sort qu'il convient de réserver à la contre-garantie en présence d'une mise en jeu abusive de la garantie de premier rang. L'arrêt commenté invite à ne pas interpréter de façon abstraite l'autonomie dont peut jouir l'obligation du contre-garant vis-à-vis de celle du garant de premier rang en créant une confusion avec celle existant, par ailleurs, à l'égard du contrat fondamental et du rapport d'ordre. L'objet de l'indépendance dont il est question n'est, en effet, pas tant de déconnecter la contre-garantie d'autres relations que d'affermir l'engagement personnel du contre-garant à honorer le crédit par signature dont il a demandé à bénéficier. C'est au regard de cette finalité particulière que l'on doit examiner les conditions susceptibles de paralyser son exécution.

II. — PARALYSIE D'UNE CONTRE-GARANTIE AUTONOME A LA SUITE D'UN APPEL ABUSIF DE LA GARANTIE DE PREMIER RANG.

En exigeant de la part de la banque instructrice une couverture indépendante de la sienne, la banque garante de premier rang entend se protéger essentiellement contre le risque d'être privée de tout recours au cas où elle aurait fait droit à un appel injustifié, voire abusif, de la part du bénéficiaire. Cette protection passe pour être très efficace dans la mesure où il est généralement admis qu'elle doit céder uniquement lorsqu'il est établi que le garant de premier rang s'est personnellement rendu coupable d'une fraude ou d'un abus manifeste (Ph. Simier et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 230).

Reste à savoir si cette exigence se justifie véritablement (M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 473). Pourquoi, en effet, ne pas se satisfaire, en cette matière comme dans d'autres qui s'y apparentent, d'une appréciation de la bonne ou mauvaise foi du garant de premier rang ?

En renonçant à contrôler l'existence éventuelle d'un authentique concert frauduleux entre le garant de premier rang et le bénéficiaire final, l'arrêt du 12 décembre 1995 semblerait devoir annoncer un assouplissement de la jurisprudence de la Cour de cassation.

A. — L'assouplissement progressif de l'exigence d'une collusion frauduleuse.

Soumettre la paralysie d'une contre-garantie à la démonstration d'une complicité frauduleuse entre le bénéficiaire et le garant de premier rang signifie que ceux-

ci se soient secrètement entendus afin de porter atteinte aux intérêts du contre-garant et, à travers lui, à ceux du donneur d'ordre (V^o Collusion frauduleuse, *Vocabulaire juridique* de H. Capitant). « Il s'agit, en tout cas », insiste M. Vasseur, « de plus 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 » (M. Vasseur, note sous Cass. com., 10 juin 1986 : *D.* 1987, 17). Il n'y a réellement de concert frauduleux qu'à partir du moment 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. Et les tribunaux de préciser qu'il ne suffit point pour caractériser une telle entente de reprocher au garant de premier rang une attitude passive ou l'existence de liens privilégiés avec le bénéficiaire (Cass. com., 29 mars 1994 : *J.C.P.* 1994, éd. E, I, 378, n° 22, obs. C. Gavalda ; *D.* 1995, Som. 20, obs. M. Vasseur ; *Rev. dr. bancaire et bourse* 1994, 239, obs. M. Contamine Raynaud ; *Quot. jur.* 10 mai 1994).

Dans l'affaire commentée, le garant de premier rang a fait sien cet argument en soutenant « qu'en toute hypothèse, l'information faite par l'un des donneurs d'ordre au banquier garant de premier rang de ce que la justification fournie par le bénéficiaire n'était pas exacte ne saurait suffire à caractériser la collusion frauduleuse entre le bénéficiaire et le banquier garant seule de nature à faire obstacle à l'appel de la contre-garantie » (quatrième branche du moyen unique). Mais la chambre commerciale, tout en cassant l'arrêt d'appel, a pris soin de ne pas s'y arrêter. Sa motivation laisse clairement entendre, au contraire, que la preuve de « la connaissance par la banque garante de premier rang de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie » aurait suffi à justifier une interdiction de paiement à l'encontre du contre-garant. En l'état des constatations opérées par la cour d'appel, cette « connaissance » n'était pratiquement pas établie.

Point n'est question ici des seules nuances apparues dans l'appréciation du comportement du contre-garant. Le glissement de l'exigence catégorique d'une fraude ou d'un abus manifeste de sa part vers une sanction de mauvaise foi, s'il devait se confirmer, traduirait une orientation nouvelle dans la jurisprudence (comp. Cass. com., 4 juill. 1995 : *D.* 1995, I, 209 ; *J.C.P.* 1995, G, IV, 269 ; *Quot. jur.*, 28 sept. 1995, p. 3).

Cet assouplissement des conditions de paralysie d'une contre-garantie semble correspondre d'ailleurs à une attente des juridictions du fond. En témoignent plusieurs décisions récentes qui s'attachent essentiellement à la connaissance qu'a pu avoir le garant de premier rang du caractère frauduleux ou abusif de la mise en jeu de son propre engagement, au moment de l'assumer, pour décider s'il y a lieu d'interdire tout paiement au contre-garant (CA Montpellier, 12 juill. 1995 : *Banque*, 1995, 90, obs. J.-L. Guillot ; CA Paris (14^e ch., sect. C), 30 sept. 1995, *Crédit Populaire d'Algérie c/ CSEE*, *Jurisdata* n° 024126 ; Trib. com. Paris, (18^e ch.) 19 janv. 1995, *CSEE c/ BNP et Crédit Populaire d'Algérie*, RG 94 110095 (non publié) qui retient que « si, en principe, garantie et contre-garantie sont autonomes entre elles et à l'égard du contrat de base, il n'en est plus de même lorsque le garant de premier rang a eu connaissance du caractère frauduleux ou abusif de l'appel en garantie du bénéficiaire au moment où il a payé ce dernier et/ou appelé lui-même son contre-garant »).

Il présente également l'avantage d'être en harmonie avec un certain consensus au niveau international. Ainsi, la récente Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by* (adoptée par l'Assemblée générale, le 6 novembre 1995 (doc. A/C.6/50/L.5)) retient dans son article 19-2 e) qu'un contre-garant est en droit de s'abstenir de régler lorsque « le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de

l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie ». Or, d'après les situations envisagées par le texte, une telle mauvaise foi est susceptible d'exister en dehors de toute connivence entre le garant de premier rang et le bénéficiaire (bien que l'on puisse regretter, avec certains, que les dispositions que la Convention consacre aux contre-garanties restent trop imprécises ; Cf. J. Stoufflet, « La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les Lettres de crédit *stand-by* » : *Rev. dr. bancaire et bourse* 1995, 132, spéc. n° 50).

La solution n'est pas sans rappeler l'évolution relative à une autre application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » : la connivence requise du tiers profitant d'une fraude paulienne. Après avoir soumis pendant de longues années, l'action menée contre le cocontractant, à titre onéreux, du débiteur malhonnête à la preuve d'une réelle complicité frauduleuse entre les deux, la jurisprudence paraît se satisfaire aujourd'hui, également, de la seule connaissance par le premier du préjudice causé par l'acte frauduleux (Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1977 : *Bull. civ. I*, n° 34 ; Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1985 : *Bull. civ. I*, n° 163 ; *Defrénois* 1986, art. 33694, p. 386, obs. Aubert ; *R.T.D. civ.* 1986, p. 601, obs. Mestre ; V^o Action Paulienne : *Rép. D.*, P. Y. Gauthier, n° 53 s. ; V^o art. 1167 : *J.-Cl. civ.*, J. Devèze, C. Saint Alary Houin, n° 107 s.).

Un rapprochement peut enfin être proposé avec les conditions dans lesquelles le porteur d'un effet de commerce se voit opposer des exceptions fondées sur un rapport fondamental auquel il n'est pas partie. L'article 121 du Code de commerce retient, dans cette hypothèse, une acception particulière de l'exigence de mauvaise foi faisant référence à une action consciente au détriment d'autrui. Cette définition, on s'en souviendra, est le fruit d'une conciliation entre une conception plutôt sévère à l'égard des porteurs, à laquelle s'était arrêtée la jurisprudence française, assimilant la mauvaise foi à la connaissance de l'exception ; et une conception plus protectrice de leurs intérêts, d'inspiration anglo-saxonne, selon laquelle la mauvaise foi supposait une fraude dont le porteur se serait rendu coupable ou complice (M. Cabrillac, *La lettre de change dans la jurisprudence*, Lib. techniques, 2^e éd., 1978, p. 229 ; Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, 14^e éd. par Ph. Delebecque et M. Germain, n° 2044). Cela n'a pas empêché la Cour de cassation de rester plus ou moins fidèle à sa jurisprudence traditionnelle en admettant que la simple connaissance de l'exception implique le plus souvent la conscience du préjudice (Cass. com., 25 juin 1985 : *Rev. soc.* 1985, 829, obs. Daigre ; *D.* 1985, IR, 419, obs. M. Cabrillac ; Cass. com., 9 juill. 1979 : *Bull. civ. IV*, n° 283 et la jurisprudence citée dans Ripert et Roblot, *Traité de droit commercial*, précité, n° 2044), de sorte que le bénéfice de l'inopposabilité des exceptions se trouve réservé aux seuls porteurs dont la bonne foi ne fait guère de doute, sans que l'on doive les accuser d'un comportement réellement frauduleux. Sans transposer cette solution aux garanties autonomes, pour lesquelles l'inopposabilité des exceptions n'a pas exactement le même sens qu'en matière d'effets de commerce (E. Putman, *Droit des affaires*, t. 4, Thémis 1995, n° 52 ; A. Prüm, *op. cit.*, n° 372), il est permis de retenir la faveur de notre jurisprudence, en ce domaine, pour une conception plutôt souple de la mauvaise foi.

Si l'on ne peut, dans ces conditions, qu'appeler de ses vœux une confirmation expresse de l'orientation dessinée par l'arrêt du 12 décembre 1995, encore faut-il s'entendre sur l'appréciation de la mauvaise foi imputable au garant de premier rang.

B. — L'appréciation de la mauvaise foi.

Pour paralyser le paiement d'une contre-garantie, il convient d'apprécier, nous précise la chambre commerciale, si la banque garante de premier rang a eu

« connaissance de la réalité du caractère manifestement abusif de l'appel de la garantie de premier rang ».

C'est dire qu'en premier lieu, aucun doute ne doit exister sur la manœuvre du bénéficiaire : que celui-ci non seulement prétende à un règlement injustifié au regard du contrat fondamental, mais se soit rendu coupable d'une fraude ou d'un abus de droits évidents (à titre d'illustration : CA Aix-en-Provence (ch. 2), 19 janv. 1995, Soc. Caillol c/ Société Générale, *Jurisdata* n° 041788 ; CA Paris (ch. 5, sect. B), 16 janv. 1995, Société Générale c/ Société Générale d'Entreprise, *Jurisdata* n° 020684). Sa demande franchement illicite, trahit, de façon consciente, le mécanisme même de la garantie et cette illicéité résulte sans équivoque d'éléments de preuve liquides et tangibles (A. Prüm, *op. cit.*, n° 450 s. ; Cf. aussi l'article de Y. Poullet, « La garantie bancaire à première demande : un acte unilatéral absent ? », *Bulletin Droit et Banque*, Luxembourg, n° 24, p. 5, à paraître également dans les *Mélanges en l'honneur de Jean Pardon*).

Elle signifie, d'autre part, que ce fait doit avoir été précisément connu par le garant de premier rang. L'abus commis par le bénéficiaire ne devient, en effet, pour lui « une réalité » qu'à condition que, non seulement il n'ait au départ ressenti aucun doute, mais qu'ensuite ces faits aient été portés clairement à sa connaissance. La preuve que le garant de premier rang aurait commis une imprudence ou une négligence en faisant droit à l'appel du bénéficiaire ne serait pas suffisante à cet égard. Le rapprochement avec la solution admise à propos du porteur d'un effet de commerce est encore ici évidente (Cass. com., 27 avr. 1985 : *Bull. civ. IV*, n° 139 ; Cass. com., 20 fév. 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 46 ; Cass. com., 8 janv. 1991 : *D.* 1991, Somm. 218, obs. M. Cabrillac).

En revanche, la condition posée ne fait aucune référence à une quelconque connivence du garant de premier rang avec la manœuvre du bénéficiaire. Sa mauvaise foi est constituée dès lors qu'il n'ignore plus le caractère illicite de la demande du second sans décider de s'y opposer.

Peu importe d'ailleurs qu'il en ait pris conscience immédiatement ou simplement par la suite, dès lors qu'il n'a pas encore honoré son engagement (Une solution identique est admise à propos du crédit documentaire irrévocable réalisable à terme Cf. J. P. Maitout et A. Prüm, « Mise en œuvre de l'adage "*fraus omnia corrumpit*" dans le crédit documentaire irrévocable réalisable à terme » : *D.P.C.I.* 1988, 107). En d'autres termes, le contre-garant est en droit de refuser sa couverture, quitte à informer lui-même son cocontractant du caractère manifestement abusif ou frauduleux de l'appel du bénéficiaire (Trib. com. Paris (18^e ch.), 19 janv. 1995, ou frauduleux de façon moins exacte, CA Paris (ch. 14^e sect. B), 30 sept. 1994, citée *supra* et, de façon moins exacte, CA Paris (ch. 14^e sect. B), 30 sept. 1994, Crédit Populaire d'Algérie c/ CSEE, *Jurisdata* n° 024126, qui estime que l'appréciation du comportement du garant de premier rang doit se faire au jour de l'appel de la contre-garantie. Cf. art. 19-2 e) de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand-by*, précitée). Cet avertissement évitera au garant de premier rang de devoir s'exécuter vis-à-vis du bénéficiaire. Il est logique que le contre-garant soit lui-même libéré de son engagement.

L'exigence de bonne foi, ainsi entendue, est conforme à l'autonomie souhaitée d'une contre-garantie. Point n'est besoin d'en soumettre la paralysie à la difficile démonstration d'un concert frauduleux entre le garant de premier rang et le bénéficiaire. Il faut savoir gré à l'arrêt de la chambre commerciale du 12 décembre 1995 de l'avoir admis et espérer que la jurisprudence se fixe définitivement en ce sens.

André PRÜM.