

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Le régime juridique et les clauses essentielles du contrat de garantie bancaire « à première demande »

Charles MOUMOUNI*

Résumé

Cette étude a pour but d'aider les partenaires du commerce international, qu'ils soient du Canada ou d'ailleurs, à mieux utiliser les garanties bancaires dans leurs relations d'affaires. Dans une première partie, après avoir distingué entre les différentes formes de garanties bancaires, l'auteur s'est concentré sur la garantie à première demande, dont le maniement exige plus de prudence et de jugement. La controverse doctrinale sur la nature juridique de la garantie à première demande a été légèrement abordée.

Abstract

This study aims at helping international trade partners, whereas from Canada or elsewhere, better use bank guarantees in their business transactions. In the first part, the author distinguishes between different types of bank guarantee and focuses on first demand guarantee, the dealing of which needs more attention and judgment. The controversial debate over the legal nature of first demand guarantee is fairly addressed. To this regard, the author recommends that trade partners not confuse this form of

* L'auteur fait un doctorat en droit (LL.D.) à l'Université Laval (Québec). Il est titulaire d'une maîtrise en droit (LL.M.) et d'une maîtrise en communication publique de l'Université Laval. Il a aussi obtenu une maîtrise en droit et une maîtrise en anglais de l'Université nationale du Bénin. Il avait été, entre autres, Hubert Humphrey Journalism Fellow à l'Université de Maryland et à l'Université de l'État du Colorado (États-Unis).

Le présent article a été réalisé grâce à la subvention du FCAR sur les contrats commerciaux. L'auteur remercie les professeurs Nicole L'Heureux (Université Laval) et Guy Lefebvre (Université de Montréal) pour leurs précieuses observations sur le travail.

L'auteur a, à cet égard, recommandé aux partenaires commerciaux d'éviter les amalgames entre cette forme de garantie et des notions voisines telles que le crédit stand-by et le cautionnement. En outre, l'auteur a approfondi sa recherche sur les avantages et les inconvénients de la garantie à première demande pour chacune des parties concernées. Il a relevé, à travers une revue jurisprudentielle, les risques d'appel abusif de la garantie et, notamment, ceux liés aux circonstances d'un éventuel embargo commercial international.

Pour mettre les partenaires commerciaux à l'abri de ces risques potentiels, l'auteur a identifié, dans une deuxième partie, les principales clauses qu'ils doivent surveiller dans leurs contrats de garantie; tant au niveau du contrat commercial, du contrat de couverture et du contrat de contre garantie qu'au niveau du contrat de garantie à proprement parler. En s'appuyant sur des exemples de clauses ambiguës ou recommandables fournis par des auteurs ou des praticiens du droit bancaire international, cette étude appelle l'attention des contractants sur les erreurs fréquentes qui peuvent nuire au bon déroulement de l'opération de garantie.

guarantee with such close instruments as standby letter of credit and suretyship. Also, does the author emphasize the advantages and risks of first demand guarantee for each partner. He stresses, through a review of pertinent cases, the risk of abusive call for payment and, above all, the risk associated with the circumstances of a probable international trade embargo.

In the second part, the author identifies the main provisions of guarantee contracts that partners should pay attention to in order to protect themselves from these potential risks, whereas at the level of the underlying contract, the contract between the account party and his or her bank, the contract of counter-guarantee or at the level of the contract of guarantee itself. Based on examples of good and bad provisions as given by authors and international banking practitioners, this study calls the attention of business partners on such common mistakes that hinder successful dealing of guarantee transactions.

Plan de l'article

Introduction	785
I. Le régime juridique des garanties bancaires	781
A. Le mécanisme juridique des garanties bancaires	781
1. Les différents types de garanties bancaires	781
2. La nature juridique de la garantie bancaire à première demande.....	781
B. Les avantages et les inconvénients de la garantie bancaire à première demande	781
1. Les avantages de la garantie bancaire à première demande.....	781
a. Les avantages de la garantie pour l'exportateur	781
b. Les avantages de la garantie pour l'importateur.....	781
c. Les avantages de la garantie pour le banquier	781
2. Les risques liés à la garantie bancaire à première demande.....	781
a. Les inconvénients de la garantie à première demande pour l'exportateur	781
b. Les inconvénients de la garantie à première demande pour l'importateur.....	781
c. Les inconvénients de la garantie à première demande pour le banquier garant	781

II. Les contrats de garantie et les principales clauses à surveiller	781
A. Contrat de base et rapport de couverture	781
1. Le contrat de base.....	781
2. Le rapport de couverture.....	781
B. Contrats de contregarantie et de garantie	781
1. Contrat de contregarantie.....	781
2. Contrat de garantie	781
Conclusion	836
Bibliographie	837

Les garanties bancaires sont nées de la pratique du commerce international¹. Leur apparition est une conséquence du passage d'un marché mondial vendeur à un marché mondial acheteur, d'une part, et de la complication des transactions internationales, d'autre part. Déjà à l'aube du XX^e siècle, le centre mondial des affaires s'est déplacé de Londres à New York. Dopée par la Première Guerre mondiale, l'économie américaine a quintuplé son excédent commercial, faisant des pays ravagés par la guerre des acheteurs obligés. La Crise de 1929 a bouleversé ce rapport de force, mais elle a vite laissé place à une reprise des échanges internationaux, toujours dominés par les exportateurs. L'adoption, en 1933, des « Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires » par la Chambre de commerce internationale est intervenue sous la pression de ces exportateurs tout-puissants. Après la Grande Guerre, les échanges se sont déroulés pendant de longues années encore sous le signe d'un marché vendeur².

Mais dès les années 1950, les échanges instantanés (le plus souvent les contrats de vente) ont peu à peu laissé place à des opérations plus longues et plus complexes, relevant en général de contrats d'entreprise ou de contrats de fourniture d'équipements ou d'usines « clefs en main »³. Le rapport de force sur le marché international s'est progressivement renversé en faveur des importateurs. Ces derniers exigent désormais des vendeurs des sûretés quant à la qualité des prestations qu'ils offrent, en contrepartie de la souscription des crédits documentaires. Dans un premier temps, les exportateurs remettent des titres ou déposent des sommes d'argent pour garantir l'exécution parfaite de leurs obligations. Mais une telle pratique s'est révélée incommode parce qu'elle immobilise des valeurs et assèche la trésorerie des vendeurs⁴, d'où la naissance des garanties bancaires.

¹ Jürgen DOHM, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne, Éditions Staempfli & Cie SA, 1986, pp. 29 et 51.

² Tuto ROSSI, *La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, Le Mont-sur-Lausanne, Méta-éditions, 1990, pp. 27-33.

³ *Id.*, p. 37.

⁴ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 31.

En même temps qu'elles offrent aux importateurs la sécurité qu'ils recherchent, ces garanties évitent aux exportateurs les difficultés de trésorerie qui pourraient résulter d'une immobilisation de valeurs. En termes généraux, explique Dohm, « les garanties ont pour but d'assurer la disponibilité d'un certain montant d'argent auprès d'un tiers indépendant et solvable (la banque en tant que garant) pour le cas où l'importateur (le bénéficiaire de la garantie) ferait valoir une prétention contre l'exportateur (le donneur d'ordre de la garantie) en se fondant sur le rapport contractuel de base »⁵. De nos jours, la pratique des garanties bancaires dans le commerce international est tout aussi répandue que celle des crédits documentaires. On n'imagine plus un appel d'offres international qui ne prévoie l'émission d'une garantie bancaire.

Mais aussi familières qu'elles puissent paraître aux partenaires du commerce international, les garanties bancaires ne sont pas si simples à opérer. Elles sont d'un régime juridique particulier, dont il convient qu'importateurs, exportateurs et banquiers se rendent compte d'abord avant de s'y lancer (I). Surtout connues pour leur rigorisme juridique, les garanties bancaires pourraient susciter des craintes, voire du mépris chez les partenaires qui voudraient les utiliser. Mais lorsqu'elles sont bien montées, leur fonctionnement ne devrait, en principe, poser aucun problème. Il suffit seulement de veiller à certaines clauses qui font souvent l'objet de malentendus (II).

I. Le régime juridique des garanties bancaires

À la différence du crédit documentaire, dont le fonctionnement est plus ou moins clairement connu, les garanties bancaires ont des mécanismes plus complexes (A). Mais les partenaires commerciaux n'ont pas besoin de maîtriser d'abord tous leurs méandres juridiques. L'essentiel est qu'ils aient une vue claire des avantages et des risques liés à l'opération de garantie (B).

A. Le mécanisme juridique des garanties bancaires

En raison de leur ressemblance avec certains instruments de paiement international, les garanties bancaires peuvent être mal

⁵ *Id.*, p. 35.

comprises ou faussement interprétées. Il est vrai que les partenaires commerciaux les utilisent fréquemment, mais il peut toujours subsister dans leur esprit des zones d'ombre quant aux formes et à la nature juridique des garanties, zones d'ombre qu'il convient de clarifier avant tout débat au fond.

1. Les différents types de garanties bancaires

La première difficulté que l'on rencontre dans le maniement des garanties bancaires est d'abord d'ordre terminologique. Il n'existe aucune définition uniforme acceptée sur le plan international⁶. Doit-on parler en général « des garanties bancaires » ou de « la garantie bancaire »? Les deux termes sont utilisés par la doctrine, la jurisprudence et le droit conventionnel, ce qui laisse entendre qu'il existe, en tout cas, différentes formes de garanties bancaires.

Il paraît difficile d'identifier, de manière exhaustive, toutes les formes de garanties que l'on rencontre dans le commerce international. Ce n'est d'ailleurs pas l'objet de cette étude. Nous nous contenterons donc d'évoquer brièvement la typologie que l'on rencontre communément en doctrine. Selon la littérature dominante, on peut faire un classement des garanties bancaires suivant six critères : le nombre de parties impliquées dans l'opération, les modalités d'intervention des banques, le lien entre la garantie et le contrat de base, l'objet de la garantie, la personne du bénéficiaire et la garantie de la garantie⁷.

- Communément, une opération de garantie bancaire implique trois ou quatre personnes. Dans le premier cas, il s'agit d'une garantie directe et, dans le second, d'une garantie indirecte.
- La **garantie directe** met en jeu un rapport triangulaire : un exportateur/vendeur donne ordre à sa banque (souvent située dans son propre pays) de garantir ses obligations au profit de son importateur/acheteur.

⁶ Norbert HORN et Eddy WYMEERSCH, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Boston, Kluwer and Taxation Publishers, 1990, pp. 3-4.

⁷ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 85.

- Dans la plupart des cas, la banque de l'exportateur demandera à une autre banque, celle de l'importateur, d'émettre la garantie en faveur de ce dernier, moyennant remboursement : c'est le mécanisme de la **garantie indirecte**. La banque de l'importateur sera alors appelée banque de premier rang, et celle de l'exportateur, banque de second rang ou banque contregarante.

Dans certaines circonstances, l'opération de garantie peut s'étendre au-delà de quatre personnes.

- Il en est ainsi des **garanties dites subordonnées**, souscrites par un entrepreneur chef de file qui fait appel à des sous-traitants : le chef de file fournit des garanties pour l'ensemble des travaux à effectuer et les sous-traitants lui fournissent à leur tour des sous-garanties.
- Il en est de même des **garanties dites coordonnées**, fournies en quote-part, individuellement par des entreprises qui travaillent ensemble sur un grand projet d'exportation⁸.
- Les modalités d'intervention des banques, quant à elles, varient suivant qu'il s'agit de garantie directe ou indirecte⁹.
- En cas de garantie directe, une seule banque entre en jeu : la banque de l'exportateur, qui est évidemment chargée d'émettre la garantie (banque garante).
- La garantie indirecte, de son côté, requiert l'intervention d'au moins deux banques. La banque de premier rang peut jouer différents rôles : elle peut se borner à notifier la garantie à l'importateur/bénéficiaire (banque notificatrice)

⁸ Pour toutes ces distinctions, voir T. ROSSI, *id.*, pp. 86-88.

⁹ Il faut relever ici que les garanties ne sont pas l'activité réservée des banques. D'autres entités que les banques peuvent les émettre, à savoir les compagnies d'assurance, voire les personnes physiques ou morale. Voir, à cet égard, la différence entre les termes utilisés dans les « Règles uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles », (1978) et les « Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande », (1992, ci-après désignées : « RUG »). Par exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation du 13 déc. 1994 (*D.* 1995. *J.* 209), une garantie autonome a été souscrite, à la demande d'une banque, par une personne physique non commerçante. Nous reviendrons sur cet arrêt plus loin (*infra*, p. 795). Mais dans cet article, nous référerons à l'émetteur de la garantie (le garant) en termes de « banquier » ou de « banque ».

ou elle peut également être chargée d'émettre la garantie (banque émettrice). Il est bien entendu que, selon qu'elle notifie simplement ou émet la garantie, la banque de premier rang n'assume pas le même degré de responsabilité¹⁰.

- Un autre niveau de distinction — le plus important peut-être — est celui de l'intensité des liens entre la garantie et le contrat de base. On se rappelle que le principe sacrosaint du crédit documentaire est celui de son indépendance vis-à-vis du contrat qui en forme la base. Ce principe s'applique également à la garantie, mais pas avec la même intensité pour toutes les formes qu'elle revêt. C'est ainsi que l'on distingue :
 - Les **garanties dites déliées**, fournies par les banques en l'absence d'un contrat formel entre l'exportateur et l'importateur : un fabricant peut garantir les consommateurs contre les défauts de la marchandise achetée chez un revendeur;
 - Les **garanties à première demande classique ou au sens strict**, qui couvrent l'exécution d'une obligation contractée par le donneur d'ordre envers le bénéficiaire : c'est à cette forme de garantie, la plus pratiquée, que nous consacrons l'essentiel de notre étude;
 - Les **garanties à première demande avec « clause d'effectivité »**, qui établissent un lien accru avec le contrat de base;
 - Enfin, les **garanties documentaires**, dont le paiement suppose la production de documents prouvant l'inexécution effective du contrat de base.
- On peut aussi classer les garanties suivant leur objet. Ici, on risque de s'égarer sans une circonscription du sujet, car les garanties peuvent couvrir des domaines aussi variés que le sport, le tourisme, l'immobilier, etc. Mais bien qu'elles aient vocation à s'appliquer également aux transactions nationales, c'est surtout sur la scène internationale, principalement sur le marché des travaux,

¹⁰ Voir T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, pp. 88 et 89.

des biens et services, que l'on retrouve les garanties bancaires. Suivant la procédure des marchés internationaux, on distingue notamment :

- La **garantie de soumission** (*bid bond* ou *tender guarantee*), qui permet à l'auteur d'un appel d'offres d'être dédommagé au cas où un soumissionnaire n'aurait pas respecté l'engagement qu'il a pris de signer le contrat qui lui est proposé;
- La **garantie de restitution d'acomptes** (*advance payment bonds*), qui permet à un maître d'oeuvre ou à un acheteur de récupérer ses acomptes en cas de mauvaise exécution du contrat;
- Enfin, la **garantie de bonne exécution ou de bonne fin**, qui permet à un maître d'oeuvre ou à un acheteur d'être dédommagé au cas où l'entrepreneur ou le vendeur n'exécuterait pas entièrement le contrat¹¹. Il faut souligner ici l'hypothèse où le garant s'engagerait à exécuter la prestation promise par le vendeur en cas de défaut de celui-ci. Nous sommes alors en présence de « **performance bond** » de type anglo-américain; cette garantie n'est pas émise par une banque, mais plutôt par une compagnie d'assurances spécialisée¹².
- La personne du bénéficiaire ou du donneur d'ordre de la garantie est un autre critère de distinction.
- En principe, la garantie est conçue pour couvrir l'importateur/acheteur en contrepartie du crédit documentaire qui, lui, couvre surtout l'exportateur/vendeur. Mais parfois, ce dernier est le bénéficiaire de la garantie. Il en est ainsi en cas de **garantie de paiement** émise sur ordre de l'importateur.
- Dans d'autres circonstances, une opération de garantie vient se greffer sur une opération de crédit documentaire. Il en est ainsi en cas de **garantie pour connaissance** (*bill of lading guarantee*) délivrée à un expéditeur ou à un armateur par la banque de l'importateur, en vue de per-

¹¹ *Id.*, pp. 93 et 94.

¹² J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 32.

mettre à ce dernier de prendre possession de la marchandise sans encore être en mesure de produire le jeu complet des connaissements.

- Il faut citer aussi la **garantie pour document manquant**, qui peut être délivrée par l'exportateur pour pallier temporairement le manque d'un document nécessaire à la réalisation du crédit documentaire.
- Enfin, le type de rapport financier entre le donneur d'ordre et sa banque permet de distinguer entre :
 - Les **garanties couvertes**, par lesquelles le donneur d'ordre dépose préalablement auprès de sa banque tout ou partie du montant de la garantie;
 - Et les **garanties en blanc** (à plus forte commission), qui sont délivrées sans que le donneur d'ordre ait déposé une quelconque provision.

Ce tour d'horizon nous permet de délimiter notre sujet. De la description qui précède, nous précisons qu'il sera surtout question, dans cette étude, de « *garanties directes ou indirectes, à première demande au sens strict, délivrées par une banque, à l'occasion d'un marché international de travaux, de biens ou de services* ». Nous n'ignorons pas l'importance des autres formes de garanties. Lorsque l'occasion s'y prêtera, nous n'hésiterons pas à les évoquer. Mais l'essentiel de notre attention sera accordé aux garanties bancaires à première demande classique, dont nous ne tarderons d'ailleurs plus à rechercher la nature juridique, avant d'en dégager plus loin les avantages et les inconvénients.

2. La nature juridique de la garantie bancaire à première demande

Pour les partenaires commerciaux confrontés à la pratique quotidienne de la garantie bancaire à première demande, il n'est pas nécessaire de maîtriser les arcanes juridiques de cet instrument de sûreté. Importateurs, exportateurs et banquiers peuvent ne pas se soucier de la nature juridique de l'opération, laissant ce débat théorique à la charge de la doctrine. Mais il serait fort intéressant d'établir au moins la ligne de démarcation entre la garantie bancaire à première demande et des notions voisines avec lesquelles elle peut être facilement confondue. Une com-

préhension plus ou moins claire de sa nature juridique peut éviter des quiproquos dans la pratique.

On sait qu'une opération de garantie bancaire donne lieu à plusieurs contrats. Outre le contrat de base, on distingue la convention entre le donneur d'ordre et la banque garante, appelée « contrat de couverture ». Il ne se pose pas de problème à qualifier un tel contrat : la doctrine dominante soutient sans difficulté qu'il s'agit d'un mandat.

On distingue ensuite le contrat de contregarantie entre la banque du donneur d'ordre et celle qu'elle charge d'émettre la garantie. Ici aussi, ne se pose aucun problème de qualification juridique : il s'agit d'un mandat, même si ce mandat se double d'un contrat de contregarantie, comme nous le verrons plus loin.

C'est au niveau du contrat entre la banque garante et le bénéficiaire, c'est-à-dire le contrat de garantie lui-même, que se situe toute la difficulté juridique.

- Dans cette perspective, il n'est pas utile de vouloir distinguer la garantie bancaire à première demande du **crédit documentaire**. On sait que la première est une sûreté qui sanctionne l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat, alors que le second est un moyen de paiement qui sanctionne la bonne exécution d'un contrat. Là n'est pas le problème.
- En revanche, on peut confondre la garantie bancaire à première demande avec la **lettre de crédit stand-by** pratiquée en droit bancaire américain, parce que les deux relèvent d'un engagement bancaire de payer le bénéficiaire lorsque le donneur d'ordre n'a pas exécuté ses obligations. Il convient de souligner que le crédit stand-by est une invention de la pratique bancaire américaine pour contourner les interdictions qui sont faites aux banques d'émettre des garanties bancaires pures et simples¹³, sous peine d'agir *ultra vires*¹⁴. Le crédit stand-by est « une lettre

¹³ Le *New York Banking Act* de 1838 interdit, en effet, aux banques américaines de se porter caution des obligations d'un tiers; l'émission des sûretés personnelles étant exclusivement réservée aux compagnies d'assurances (Voir T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 38).

¹⁴ N. HORN et E. WYMEERSCH, *op. cit.*, note 6, pp. 15 et 16.

de crédit aux termes de laquelle l'émetteur s'engage à payer le bénéficiaire sur présentation de documents indiquant que le donneur d'ordre n'a pas respecté ses obligations de paiement »¹⁵.

Les crédits stand-by sont d'une nature double qui prête à confusion. Rossi les considère comme « des crédits documentaires employés non comme système de paiement, mais comme instrument de garantie »¹⁶. Aux États-Unis, le crédit stand-by est régi par la réglementation applicable aux lettres de crédit traditionnelles, soit l'article 5 du *Uniform Commercial Code*¹⁷. Dans le même sens, les Règles et usances uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux crédits documentaires (du 1^{er} octobre 1984), définissent en leur article 2, les crédits documentaires et les crédits stand-by en des termes identiques. Le Secrétariat de la CNUDCI ajoute, de son côté, que les crédits stand-by et les garanties appartiennent à la même famille juridique¹⁸, et propose alors une réglementation uniforme qui s'applique aux deux types d'opération. Le Professeur Louis Del Duca, rédacteur en chef du *Uniform Commercial Code Law Journal*, assimile, lui aussi, la garantie au crédit stand-by; il emploie une expression hybride, « *guarantee-standby* », qu'il distingue du crédit documentaire :

Unlike the « traditional » letter, which is issued to and routinely used as a payment procedure by remote buyers, the « guarantee-standby »

¹⁵ Arrêt *Apex Oil Co. v. Archem Co.*, 770 F. 2d 1353 (5th Cir. 1985); cité par John RIGGS, « La lettre de crédit "standby" en tant que garantie bancaire aux États-Unis », (1990) 3 *RDAI/IBLJ* 394.

¹⁶ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 38.

¹⁷ Il faut toutefois noter que l'article 5 du *Uniform Commercial Code* intitulé « Letters of Credit » ne mentionne même pas le terme « standby » ni ne le définit. La jurisprudence américaine soutient toutefois que l'article 5 s'applique bel et bien à la lettre de crédit stand-by. Dans l'arrêt *Arbest Construction v. First National Bank & Trust Co.*, (777 F.2d 581 [10th Cir. 1985]), la Cour estime que : « Article Five was intended "to apply to many types of letter of credit transactions besides those involving sale of goods." [...] There has been a recent explosive growth in use of standby letters of credit; application of statutory rules to standby letters of credit is the sort of change the UCC framers intended to accommodate »; cet arrêt est cité par Brooke WUNNICKE et Diane B. WUNNICKE, *Standby Letters of Credit*, New York, Toronto, etc., Wiley Law Publications, 1989, p. 15.

¹⁸ Voir Michel VASSEUR, « Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes. Présentation des projets de la C.C.I et de la C.N.U.D.C.I. », (1990) 3 *RDAI/IBLJ* 389.

*letter of credit has been used to create a fund from which the beneficiary of the letter may seek recourse for nonperformance by various other types of nonbuyer obligators.*¹⁹

Pour McCullough, la garantie à demande est l'équivalent juridique du crédit stand-by :

*Demand guarantees are the legal equivalents of standby letters of credit and are used mainly in international construction contracts, international sales of goods, and similar types transactions.*²⁰

D'un autre côté, la jurisprudence américaine soutient qu'en dépit de leur ressemblance, le crédit stand-by et la garantie se distinguent notamment par la nature de l'obligation de l'émetteur. Selon les tribunaux américains, l'émetteur d'une lettre de crédit stand-by est tenu d'une obligation principale : celle d'honorer un effet de commerce dès lors que les documents requis par la lettre sont produits et ce, sans égard au fait que la lettre corresponde au contrat de base. Le garant, quant à lui, n'est tenu que d'une obligation secondaire : son obligation est liée au défaut du donneur d'ordre²¹. Au-delà de cette controverse, retenons simplement que le crédit stand-by emprunte les moyens du crédit documentaire pour réaliser les objectifs de la garantie. La différence entre les deux instruments, de notre point de vue, est formelle et non fonctionnelle.

- En outre, il convient de distinguer la garantie à première demande du **cautionnement**, pratiqué en droit romano-germanique. Le cautionnement est défini en droit québécois comme « le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas » (art. 2333 C.c.Q)²². Le caution-

¹⁹ Louis F. DEL DUCA, « Pitfalls of "Boiler Plating" Letters of Credit », dans William C. HILLMAN (dir.), *Letters of Credit: Current Thinking in America*, Butterworths, 1987, p. 61.

²⁰ Burton V. McCULLOUGH, *Letters of Credit : 1995 Uniform Commercial Code, revised article 5*, Release n° 15, New York, Matthew Bender, April 1996, p. 1-127.

²¹ Cf. les arrêts *American Insurance Association v. Clarke*, 854 F.2d 1405 (D.C. Cir. 1988); *Republic National Bank of Dallas c. Northwest National Bank of Fort Worth*, 578 S.W.2d 109 (Tex. 1978); *Warner c. Federal Deposit Insurance Corp.*, 605 F. Supp. 521 (S.D. Ohio 1984); ces arrêts sont cités par B. WUNNICKE et D.B. WUNNICKE, *op. cit.*, note 17, pp. 24-26.

²² Cette définition correspond à l'article 2011 du Code civil français.

nement est, comme la garantie, une sûreté personnelle; mais à la différence de la garantie, il s'agit d'un engagement accessoire. Alors que la caution peut opposer au bénéficiaire des objections et exceptions tirées du contrat de base, la garantie, au contraire, est une sûreté indépendante du contrat qui en forme la base. En d'autres termes, le garant ne peut en aucune manière tirer des arguments du contrat de base pour refuser le paiement de la garantie. Il a pris, du seul fait de la garantie, un engagement propre²³.

En Allemagne, on trouve une forme hybride de sûreté appelée « cautionnement à première demande ». Cette forme de garantie implique aussi une renonciation à toutes les exceptions tirées du contrat de base, mais ici, la caution dispose d'un droit de recours contre le donneur d'ordre et contre le bénéficiaire. Aussi, avons-nous entendu un représentant de la Banque nationale du Canada utiliser, lors d'une conférence tenue à l'Université Laval, des concepts comme « cautionnement de soumission », « cautionnement d'acompte » et « cautionnement de bonne exécution ». De telles expressions posent de sérieuses difficultés à la théorie du droit bancaire et peuvent être source de nombreux conflits dans la pratique. Nous conseillons aux partenaires commerciaux de ne pas utiliser ces notions floues que rejette d'ailleurs la Cour de cassation française.

Dans l'affaire tranchée par la Cour de Cassation le 13 décembre 1994²⁴, les juges ont été saisis de la question de la qualification donnée à la signature d'un acte aux termes duquel une personne physique déclare garantir « le remboursement de la créance » d'une banque envers un débiteur, et s'engage à régler la dette sur première demande écrite de la banque, sans que celle-ci « ait à rapporter la preuve de l'existence ou de l'exigibilité de la dette ». Ajoutons que le titre constatant cet engagement comporte la mention manuscrite suivante : « Lu et approuvé. Bon pour garantie à première demande à concurrence de la somme [...] ».

²³ Il en est ainsi en France, en Belgique, en Suisse, en Allemagne et au Québec : voir François LOGOZ, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Genève, Librairie Droz, 1991, p. 62.

²⁴ Cass. com., 13 déc. 1994, *D.* 1995. *J.* 209; voir *supra*, note 9.

Apparemment, il ne se pose aucun problème à qualifier l'engagement souscrit par cette personne physique. L'intitulé de l'acte attaqué ne prête pas à confusion. Mais la question est de savoir si la dénomination de l'acte suffit pour sa qualification. Il semble qu'en général les tribunaux ne se sentent pas liés par la qualification choisie par les parties, mais encore faudrait-il qu'ils se fondent sur des critères objectifs. Rien n'est moins sûr. Le rapporteur du cas d'espèce, Henri Le Dauphin, en donne un exemple : « appelés à statuer au vu d'écrits rédigés en termes identiques par une société de crédit-bail, deux formations de la Cour d'appel de Paris ont opté l'une pour la qualification de cautionnement et l'autre pour celle de garantie autonome »²⁵.

Dans l'affaire en cause, les premiers juges ont qualifié l'acte d'« engagement autonome de garantie exécutable à première demande », alors que l'appelante soutient qu'il s'agit plutôt d'un cautionnement et invoque certains moyens propres à cette sûreté personnelle. La Cour de cassation fait échec à la décision de la Cour d'appel au motif « qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette du débiteur principal, n'était pas autonome ».

Mais le rapporteur de l'arrêt suggère, en citant Prum²⁶, que s'il y a doute sur la nature de la garantie, il y a lieu de préférer la qualification de garantie indépendante dans le contexte du commerce international parce que « la pratique du commerce international n'a jamais été de délivrer des cautionnements »²⁷.

- La garantie à première demande doit également être distinguée de la **promesse de porte-fort**, suivant laquelle le promettant s'engage à faire obtenir l'engagement d'un tiers²⁸. Contrairement au promettant qui ne garantit pas que le tiers tiendra son engagement, le garant assure jus-

²⁵ Voir les espèces du 21 févr. 1992 et du 14 févr. 1991, *D.* 1993. *Somm.* 108 et 109; citées par Henri LE DAUPHIN sous Cass. com., 13 déc. 1994, *D.* 1995. *J.* 209.

²⁶ André PRUM, *Les garanties à première demande*, Litec, 1994, n° 104.

²⁷ H. LE DAUPHIN, *loc. cit.*, note 25, 212.

²⁸ Cf. art. 1443 du *Code civil du Québec*; art. 1120 du Code civil français; art. 111 du Code des obligations suisse.

tement que le donneur d'ordre remplira ses obligations et non qu'il s'obligera simplement²⁹.

En dernière analyse, si la garantie bancaire à première demande n'est assimilable ni au crédit stand-by, ni au cautionnement, ni à la promesse de porte-fort, encore moins au contrat d'assurance ou à l'assignation acceptée (que nous ne trouvons pas opportun d'examiner³⁰), quel genre de contrat est-elle exactement? C'est une question qui continue d'agiter la doctrine internationale. Le seul point concordant que l'on retrouve tant en doctrine, en jurisprudence qu'en droit conventionnel est le caractère indépendant ou autonome de la garantie à première demande³¹. Les auteurs ne s'entendent même pas sur le point de savoir si la garantie est un contrat ou une déclaration unilatérale de volonté.

La doctrine belge dominante penche pour un engagement unilatéral de volonté (Van Ommerlaghe et Velu), alors que les auteurs suisses (Dohm et Kleiner), allemands (Westphalen et Canaris) et français (Vasseur, Gavalda et Stoufflet) estiment que la garantie à première demande est un contrat unilatéral³². Quoi qu'il en soit, on ne conteste pas l'affirmation que la garantie implique forcément un engagement de la part du garant, mais quelle en est la cause?

Ici encore, il n'existe aucune concordance doctrinale ou jurisprudentielle. D'aucuns estiment que l'engagement du garant est abstrait, sans cause³³, alors que pour d'autres, la cause de cet engagement se trouve dans la fonction économique de sûreté que remplit la garantie, c'est-à-dire dans le contrat de base³⁴.

²⁹ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, pp. 69-71.

³⁰ Sur la distinction entre le contrat de garantie et le contrat d'assurance, voir, entre autres, Kevin Patrick McGUINNESS, *The Law of Guarantee : A Treaty on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*, Toronto, Calgary, Vancouver, Carswell, 1986, pp. 34-36.

³¹ Nous affirmons ceci en dépit de l'interprétation que fait une partie de la jurisprudence américaine de l'obligation du garant; voir *supra*, note 21.

³² F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, pp. 96 et 97.

³³ C'est ce qu'affirme une partie des auteurs allemands (Westphalen et Liesecke) et belges (Ommerlaghe et Velu); voir F. LOGOZ, *id.*, pp. 58-60.

³⁴ C'est la position de la doctrine majoritaire en France (Stoufflet, Vasseur, Mattout, Gavalda, Rives-Lange et Contamine-Reynaud) et en Suisse (Dohm et Kleiner). Sur ces différentes positions, voir F. LOGOZ, *id.*; M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 367.

Comme nous le constatons, le consensus est loin de se réaliser autour de la nature juridique de la garantie bancaire à première demande. L'unanimité semble du moins se faire sur la reconnaissance de la garantie comme un **contrat sui generis** ou un **contrat innommé**, qui ne saurait trouver une place confortable à l'intérieur d'aucune des catégories juridiques traditionnelles³⁵.

Une telle controverse doctrinale devrait-elle inquiéter pour autant les partenaires du commerce international et les dissuader d'utiliser la garantie? Nous ne le pensons pas. La recherche de la nature juridique de la garantie relève beaucoup plus d'un débat académique qu'elle ne revêt une utilité pratique. En attendant que se réalise le consensus sur cet aspect théorique, la garantie doit continuer de sécuriser le marché international et remplir sa fonction économique, comme le suggérera certainement notre évaluation des avantages et des inconvénients liés à cette opération.

B. Les avantages et les inconvénients de la garantie bancaire à première demande

Bien que la garantie à première demande ait fait son apparition dans le commerce international il y a moins d'un demi-siècle, sa pratique est pourtant monnaie courante aujourd'hui. Chaque partie y trouve son compte. Il faut relever que les intérêts individuels des parties doivent également être considérés globalement et qu'ils sont liés aux intérêts du système de la garantie bancaire³⁶ (1). Toutefois, l'exposé des avantages de la garantie à première demande ne doit pas occulter le fait que cette opération comporte quand même des risques non négligeables pour chacune des parties (2).

³⁵ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 74; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 119. Reconnaissons que cette solution est une fuite en avant. Les juristes qualifient généralement un fait ou un acte juridique de « *sui generis* » lorsque ce fait ou cet acte ne rentre pas dans les catégories conceptuelles préformées, comme si l'univers juridique s'arrêtait à ce qui est, c'est-à-dire au positivisme. Nous aurons l'occasion de discuter de cette question épistémologique dans notre thèse de doctorat (Université Laval).

³⁶ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 49; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 30.

1. Les avantages de la garantie bancaire à première demande

La garantie bancaire à première demande comporte des avantages aussi bien pour l'exportateur, l'importateur, que pour le banquier.

a. Les avantages de la garantie pour l'exportateur

Comme nous l'avons souligné dans notre introduction, la garantie bancaire à première demande a été conçue pour se substituer à la remise de titres ou de sommes d'argent que les importateurs ou les maîtres d'ouvrage étrangers exigeaient des exportateurs pour s'assurer que ces derniers exécuteraient parfaitement leurs obligations. La pratique de dépôt de valeurs ou d'argent était fort incommode, voire anti-économique pour les exportateurs, qui étaient obligés, de ce fait, d'immobiliser des fonds considérables à l'étranger³⁷. La garantie à première demande a l'avantage de relever l'exportateur de ces charges de trésorerie pour les mettre au compte d'une banque dont il profite de la réputation³⁸.

Vu la concurrence effrénée qui règne sur un marché mondial de plus en plus acheteur, le donneur d'ordre, la plupart du temps, n'a d'autres solutions que d'accéder à l'exigence de son partenaire de lui délivrer une garantie, si tant est qu'il désire conclure le contrat³⁹. N'est-ce d'ailleurs pas normal qu'il donne à son cocontractant des sûretés sur son intention d'exécuter correctement ses obligations contractuelles? La délivrance par l'exportateur d'une garantie bancaire à première demande est le signe évident de sa crédibilité et de sa bonne intention. C'est aussi la preuve qu'il dispose de la confiance et de l'appui d'une banque. La plupart du temps, l'émission d'une garantie fait partie d'une ligne de crédit allouée au donneur d'ordre⁴⁰.

En outre, la garantie à première demande peut aider l'exportateur à vite réaliser le crédit documentaire dont il est bénéficiaire. C'est le cas des garanties pour document manquant

³⁷ M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 362.

³⁸ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, pp. 37 et 38.

³⁹ M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, pp. 381 et 382.

⁴⁰ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, pp. 28 et 30.

que l'exportateur peut utiliser pour suppléer à l'absence d'un document nécessaire au paiement du crédit. Aussi, au lieu d'un crédit documentaire, l'exportateur peut-il convenir avec son partenaire pour bénéficier plutôt d'une garantie de paiement, dont les commissions bancaires ne sont pas aussi élevées que celles du crédit commercial⁴¹.

b. Les avantages de la garantie pour l'importateur

Lorsqu'on examine les conditions d'apparition de la garantie à première demande dans le commerce international, il est aisé de constater que c'est d'abord à l'importateur que profite cette forme de sûreté. On se rappelle que la garantie à première demande a été créée pour contrebalancer les avantages que procure à l'exportateur l'ouverture de crédit documentaire. L'exportateur est à la fois bénéficiaire du crédit documentaire et donneur d'ordre de la garantie, alors que l'importateur est donneur d'ordre du crédit documentaire et bénéficiaire de la garantie : l'équilibre des intérêts est ainsi rétabli⁴².

Stipulée « à première demande », la garantie permet à l'importateur d'être indemnisé, en cas de défaut de l'exportateur, par la banque garante sans que celle-ci ne puisse soulever des exceptions tirées de n'importe quel rapport juridique en jeu. L'importateur n'a pas à administrer la preuve du défaut du donneur d'ordre ni à saisir les tribunaux pour être indemnisé. Il serait même inutile pour le bénéficiaire d'obtenir une indemnité judiciaire si l'exportation des capitaux, et donc des dommages-intérêts octroyés, est prohibée par la législation du pays du donneur d'ordre. L'importateur pourrait recourir à la caution, mais compte tenu de son caractère accessoire, la caution est très lourde à mettre en oeuvre.

Dans ces conditions, il eût mieux valu pour l'importateur d'exiger une garantie indirecte qui lui offre la possibilité et même le privilège d'être payé à première réquisition par une banque de son propre pays⁴³. Tant que son appel est conforme aux termes de la garantie, la banque garante doit pouvoir l'honorer.

⁴¹ Nous avons parlé de ces formes de garantie, *supra*, p. 790.

⁴² T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 94.

⁴³ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 27.

L'exportateur peut en contester le bien-fondé devant les tribunaux, mais ce sera bien après la réalisation de la garantie. Le principe de l'indépendance est formel : « payer d'abord, et réclamer ensuite »⁴⁴. Si le donneur d'ordre intente une action après paiement, le procès doit encore être ouvert au domicile du défendeur, soit dans le pays de l'importateur⁴⁵.

Avec une telle protection juridique, l'importateur a toute l'assurance que son partenaire s'exécutera conformément aux termes du contrat de base. S'il a dû verser un acompte, il est sûr d'être remboursé en cas de défaut de l'exportateur. S'il a lancé un appel d'offres, il a la garantie que son soumissionnaire ne se dérobera pas à son engagement de contracter. S'il a attribué un marché, il est confiant que ce marché sera correctement et complètement exécuté. Dans toutes ces hypothèses, l'importateur s'assure le paiement des montants qui lui sont dus et ce, même dans le cas où l'exportateur n'aurait pas la volonté de les lui restituer ou serait insolvable⁴⁶. D'un point de vue économique, la garantie bancaire remplit donc une fonction de sûreté. Même la nullité du contrat de base n'entraînera pas celle de la garantie!

En outre, le crédit né de la garantie est un droit que l'importateur peut céder à un tiers. Il est vrai qu'il existe une controverse doctrinale autour de la cessibilité de la garantie (nous le verrons plus loin), mais si c'est la volonté clairement exprimée des parties de céder le produit de la garantie, il y sera fait droit.

c. Les avantages de la garantie pour le banquier

Les avantages de la garantie à première demande pour le banquier sont à la fois d'ordre économique et juridique. Les garanties sont un service bancaire aux commissions très rémunératrices pour un risque relativement faible⁴⁷. La Société de Banque Suisse, par exemple, perçoit des commissions de l'ordre de 0,6 % par trimestre du montant de la garantie émise pour les garanties en blanc. Les commissions prévues pour la

⁴⁴ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 73.

⁴⁵ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 28.

⁴⁶ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 49; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 27.

⁴⁷ *Id.*, p. 29.

délivrance des garanties couvertes sont de l'ordre de 0,3 % par trimestre⁴⁸.

Sur le plan juridique, les Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande disposent, en leur article 13, que :

[[les Garants et Contregarants n'assument aucune responsabilité quant aux conséquences pouvant résulter d'une interruption de leurs activités provoquée par des cas de force majeure, émeutes, troubles civils, insurrections, guerres et toutes autres causes indépendantes de leur volonté.

Outre les cas d'exonération de responsabilité, les banques tirent énormément partie du caractère indépendant ou autonome de la garantie, fortement affirmé à l'article 2 (b) des RUG, aux articles 2 et 3 du « Projet de convention de la CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by » et au paragraphe 5-114 (1) du *Uniform Commercial Code* américain. La banque est relevée de toute responsabilité quant au bien-fondé de l'appel à la garantie. Pour la banque, cette formule est salutaire, car elle lui permet de rester en dehors d'un éventuel litige entre l'importateur et l'exportateur⁴⁹. D'ailleurs, la banque n'est pas à même de juger si l'appel à la garantie par le bénéficiaire est justifiable ou injustifié, en raison de la complexité croissante des opérations d'exportation⁵⁰.

Le fait de payer à première demande, sans avoir à vérifier si le donneur d'ordre a exécuté ou non ses obligations, permet à la banque de préserver son image de marque et sa réputation internationale. En cas de garantie indirecte, la banque contregarante préserve sa crédibilité non seulement auprès des partenaires commerciaux, mais également auprès des banques correspondantes qui pourraient prendre à son égard des mesures de rétorsion si elle refusait d'honorer la contregarantie. À cela, il faut ajouter que la résistance de la banque à payer l'expose à une condamnation, non seulement à de simples intérêts de retard, mais également à des dommages-intérêts envers le bénéficiaire⁵¹.

⁴⁸ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 95.

⁴⁹ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 3.

⁵⁰ *Id.*, p. 50; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 30.

⁵¹ Il en est ainsi du moins en droit français, en vertu de l'article 1153 al. 4 du Code civil; voir à cet égard M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 370. Les intérêts

C'est pourquoi la banque souhaitera toujours honorer l'engagement de paiement qu'elle a pris à travers l'émission d'une garantie. Le refus d'honorer un ou plusieurs appels en garantie peut déteindre sur sa notoriété au point de lui faire perdre ce marché juteux⁵². Le paiement reste donc la règle au sens large, et le refus de paiement, l'exception au sens strict.

La jurisprudence allemande permet même à la banque garante d'invoquer la nécessité de protéger son image pour refuser une ordonnance judiciaire d'interdiction de payer⁵³. Le Tribunal de Commerce de Grenoble a, pour sa part, indiqué dans un arrêt du 18 juin 1984 « qu'il serait grave que les banques françaises puissent être accusées du non-respect de leurs garanties, ce qui inciterait tout simplement les acheteurs à imposer des établissements bancaires contregarantis de pays beaucoup plus stricts dans l'application ou à revenir aux dépôts de garantie en espèces »⁵⁴. Ainsi, le banquier qui estime devoir payer doit pouvoir le faire. Le Tribunal de Commerce de Bruxelles renchérit, dans un arrêt en date du 7 novembre 1988⁵⁵, en jugeant que le tribunal, « qui doute du caractère régulier de l'appel de la garantie, n'interdise pas au banquier de payer, mais lui interdise de débiter le compte du donneur d'ordre jusqu'à décision sur le bien-fondé de l'appel de la garantie »⁵⁶. L'intervention des tribunaux dans le fonctionnement de la garantie est même contraire au principe de l'indépendance de la garantie.

Dans l'arrêt anglais *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. c. National Westminster Bank Ltd.*⁵⁷, le juge Kerr a exprimé une vue restrictive relativement aux circonstances dans lesquelles les tribunaux peuvent enjoindre la banque de ne pas payer : « *It is only in exceptional cases that the courts will interfere with the machinery of*

légaux qui courent à partir de l'appel à la garantie s'élèvent en Turquie à 1,75% par jour, soit environ 64% par an.

⁵² F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 29.

⁵³ LG de Stuttgart, 8 août 1980, *WM* 1981, p. 633; jurisprudence citée par F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 29.

⁵⁴ M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 378.

⁵⁵ D. 1989, *Somm.* 148, obs. M. VASSEUR.

⁵⁶ M. VASSEUR, *id.*, p. 379.

⁵⁷ *R.D. Harbottle (Mercantile) Ltd. c. National Westminster Bank Ltd.*, (1978) Q.B. 146.

irrevocable obligations assumed by banks. They are the life-blood of international commerce ».

De la même manière, avant la crise iranienne, les tribunaux américains étaient très réticents à intervenir dans le mécanisme des garanties bancaires. En effet, avant 1978, des centaines d'entreprises américaines ont fait émettre des lettres de garantie pour assurer leurs obligations contractuelles à l'égard des agences du gouvernement iranien. En 1978, la révolution éclate en Iran. En janvier 1979, le gouvernement impérial du Shah chute et laisse place à celui de Ayatollah Khomeini. Dès février 1979, les donneurs d'ordres américains, craignant des appels abusifs des garanties, se précipitent vers les tribunaux pour réclamer des défenses de payer à l'égard de leurs banques contregarantes. Mais ils ont été tous déboutés, au motif qu'en l'absence d'un appel effectif et frauduleux, les tribunaux ne sauraient délivrer des injonctions interlocutoires aux banques. La seule crainte d'appel abusif est insuffisante pour justifier une telle injonction. Les banques sont ainsi couvertes par les tribunaux. Pour illustrer la protection juridique que procurent les garanties aux banques, nous citerons quelques arrêts majeurs parmi l'avalanche de cas qu'ont connu les tribunaux américains dans le cadre de la révolution iranienne.

- *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*⁵⁸

Les faits de cette espèce, tels que rapportés par Affaki⁵⁹, remontent à 1978, année à laquelle American Bell a conclu avec le ministère de Guerre iranien, un contrat de fourniture d'équipement et de services de télécommunications. Une lettre de garantie de restitution d'acompte a été émise de premier rang au profit du gouvernement iranien par une banque iranienne, Iranshahr, elle-même contregarantie par la banque américaine Manufacturers Hanover, sur la demande de Bell.

⁵⁸ *American Bell International Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 474 F. Supp. 420, 425 (S.D.N.Y. 1979).

⁵⁹ Bachir Georges AFFAKI, « Les garanties indépendantes sont-elles encore "indépendantes"? Leçons de la crise du Golfe », (janvier-février 1994) 33 *Banque & Droit* 4.

En 1979, face aux mesures de contrôle des avoirs iraniens prises par les États-Unis, le gouvernement révolutionnaire iranien édicte une circulaire demandant à tous les ressortissants iraniens bénéficiaires de garanties émises par une institution américaine de procéder à leur appel sans délai. American Bell demande alors, par prévention, l'interdiction du paiement de la contregarantie, mais sa requête est rejetée. La banque iranienne garante fait effectivement appel à la contregarantie. Bell saisit à nouveau le tribunal aux fins d'une demande de défense de payer pour raison de fraude.

Mais le tribunal rejette les arguments fondés sur les « appels purement politiques »; pour établir la fraude, il faut apporter la preuve d'une « intention de causer un préjudice »⁶⁰. Il a en outre soutenu que « *the burden of risk in international transaction should fall on the corporation involved rather than on the bank issuing the letter of credit* ». Cette tendance des tribunaux à couvrir les banques garantes et à sauver les garanties des effets de la politique internationale s'est aussi exprimée dans l'arrêt *KMW*.

- *KMW International v. Chase Manhattan Bank*⁶¹

En août 1978, KMW, une entreprise hollando-antillaise spécialisée dans l'exportation de produits forestiers des États-Unis vers l'extérieur, reçoit une commande de poteaux téléphoniques de la part d'une compagnie iranienne, Khuzestan Water and Power Authority (WPA). WPA exige de KMW la souscription d'une garantie de bonne exécution équivalant à 10% de la valeur totale de la commande. Le 3 octobre 1978, Chase Manhattan, à la demande de KMW, émet une lettre de crédit stand-by irrévocable en faveur de la banque Etebarate of Teheran et pour le compte de WPA. L'obligation qui incombe à KMW d'expédier les poteaux devra se réaliser le jour suivant la date de réception d'un crédit documentaire émis à son profit.

En janvier 1979, le gouvernement du Shah tombe. Devant l'incapacité de WPA d'émettre le crédit documentaire requis et en

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, 606 F. 2d 10 (2d Cir. 1979). Cet arrêt a fait l'objet d'un article de Paul R. FRANKE, « Enjoining the "Suicide" Letter of Credit : *KMW International v. Chase Manhattan Bank* », (1980) 17 *Willamette Law Review* 253-262.

raison des troubles à Téhéran, qui laissent ouvertes des possibilités de fraude, KMW demande et obtient le 28 février 1979 une défense provisoire de payer contre Chase Manhattan. Mais la banque interjette appel de cette décision en soutenant que KMW n'a pas été en mesure de prouver l'existence d'un dommage irréparable ou d'une fraude. Le tribunal accède à l'argument de la banque en ces termes :

*This Circuit [court] does not recognize as irreparable harm a loss that may be adequately redressed by a monetary award. [The account party] claims, however, that the financial damage which it may suffer is irreparable, since it will have no real remedy, at least by way of resort to Iranian courts [...] But this damage is purely conjectural. At the time the preliminary injunction is granted, Chase had received no demand for payment whatsoever; that a later demand would necessarily be fraudulent is at best speculative.*⁶²

Le tribunal a exigé la preuve d'une « faute intentionnelle effective » plutôt qu'une simple appréhension. Il a aussi soutenu que « *insurrection or supervening impossibility are not equivalent of fraud. The "unsettled situation in Iran" is simply insufficient to release any party from obligations under the letter of credit* ».

Mais pour ne pas sacrifier les intérêts du donneur d'ordre dans les garanties irrévocables communément appelées « *suicide letter of credit* », les tribunaux américains en sont arrivés à lui accorder une « *notice injunction* ». C'est un devoir de notification dont la banque est tenue à l'égard du donneur d'ordre dès lors que la garantie est appelée par le bénéficiaire. Ce mécanisme permet au donneur d'ordre de détecter tout abus ou toute fraude du bénéficiaire, car la transaction de garantie bancaire n'est pas à l'abri de tout danger.

2. Les risques liés à la garantie à première demande

Les avantages de la garantie bancaire à première demande ne sauraient dissimuler les quelques risques liés à cette opération. Il faudra situer ces risques surtout par rapport à l'exportateur, qui est le donneur d'ordre de la garantie. Mais on devra ajouter les situations particulières dans lesquelles la banque garante et

⁶² *Id.*

l'importateur pourraient assumer des responsabilités qui leur sont dommageables.

a. Les inconvénients de la garantie à première demande pour l'exportateur

En tant que donneur d'ordre de la garantie, l'exportateur est surtout exposé au risque de son appel abusif par l'importateur qui en est bénéficiaire, comme nous l'avons vu dans les décisions précédemment citées. La pratique aurait révélé que les bénéficiaires, en particulier ceux des États en voie de développement,

*font souvent appel à la garantie par inexpérience ou par une sorte de sentiment d'insécurité, dans le but de sauvegarder une position juridique qui existe tout au moins de manière formelle. La garantie à première demande est également souvent considérée comme une sorte de rabais, ou encore comme un moyen pour se procurer des devises étrangères.*⁶³

L'appel abusif de la garantie peut prendre plusieurs formes. Le bénéficiaire peut appeler la garantie non pas pour l'opération spécifique pour laquelle la garantie a été délivrée, mais pour une autre opération contractuelle avec le même exportateur. Aussi, l'importateur peut-il astucieusement utiliser la clause « prolonger ou payer » dans une garantie de soumission, dans le seul but de maintenir l'offre de l'exportateur jusqu'à l'adjudication définitive du marché; entre temps, l'exportateur aura à faire face à une augmentation du coût du marché et à des commissions bancaires très élevées. En matière de garantie de bonne exécution, le bénéficiaire peut appeler la garantie pour défaut du donneur d'ordre, alors même que celui-ci aurait correctement exécuté ses obligations⁶⁴. Dans le cas d'une garantie d'acomptes, l'importateur peut utiliser l'appel comme un moyen de pression sur l'exportateur (il peut, par exemple, menacer de résilier le contrat de base), en vue d'obtenir des conditions de marché plus favorables (remises de prix ou rabais)⁶⁵.

⁶³ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 3.

⁶⁴ Il en est ainsi dans l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation (France), où une garantie bancaire de bonne fin avait été appelée, alors que des documents souscrits par le bénéficiaire attestaient bien de l'achèvement des travaux; voir Michel PELICHET, « Garanties bancaires et conflits de lois », (1990) 3 *RDAl/IBJL* 353.

⁶⁵ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 4.

Outre le risque majeur d'appel abusif ou frauduleux de la garantie, l'exportateur doit faire face à l'obligation de payer les frais et commissions bancaires afférents. Cette obligation pécuniaire doit être assumée dès l'émission de la garantie jusqu'à son échéance ou au renvoi de la lettre de garantie ou encore à la mainlevée en bonne et due forme par l'importateur⁶⁶. Si la garantie est à durée indéterminée⁶⁷ ou si le bénéficiaire a la faculté illimitée de faire usage de la clause « proroger ou payer », le donneur d'ordre peut se retrouver dans un dilemme : s'il préfère accorder la prorogation, il doit alors payer des commissions bancaires exorbitantes; si, par contre, il décide de laisser la banque payer, le montant de la garantie est immédiatement inscrit à son débit, ce qui pourrait avoir des conséquences sur sa trésorerie⁶⁸. Ainsi, en souscrivant une garantie, l'exportateur se trouve impliqué dans deux relations contractuelles au lieu d'une seule, ce qui augmente ses risques de perte et réduit considérablement sa marge de crédit⁶⁹.

Il est à souligner que le donneur d'ordre est généralement appelé à fournir des sûretés mobilières ou immobilières à la banque, lors de la conclusion d'un accord-cadre ou à l'occasion spécifique de l'émission de la garantie. Le montant des commissions bancaires sera fonction des sûretés données par l'exportateur. La pratique enseigne que les commissions bancaires dans le cadre des garanties en blanc sont deux fois plus importantes que celles afférentes aux garanties couvertes.

La garantie à première demande paraît alors, aux yeux de Vasseur, comme un « chèque à blanc » qui, après coup, révolte les entreprises donneurs d'ordres qui ont accepté de la souscrire

⁶⁶ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 349.

⁶⁷ Comme l'exigent certains pays de l'Orient : un arrêt de la Cour de Paris du 26 avril 1983 (*D.* 1983, *IR.* 485, obs. M. VASSEUR) a révélé comment la pratique bancaire syrienne permet que les engagements de la banque garante de premier rang et ceux de la banque contregarante demeurent en vigueur jusqu'à ce que les lettres de garanties aient été renvoyées par le bénéficiaire, même au-delà du délai prévu pour leur expiration. De leur côté, certains contrats iraniens prévoyaient la prorogation possible à la seule discrétion du bénéficiaire (Voir M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 380).

⁶⁸ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 185.

⁶⁹ K.P. McGUINNESS, *op. cit.*, note 30, p. 7.

dans l'euphorie de la signature d'un marché⁷⁰. Les donneurs d'ordre ne peuvent évidemment pas prendre du plaisir à voir appeler les garanties. La jurisprudence française témoigne que la plupart des procès auxquels les garanties ont donné lieu ont été des procès résultant d'initiatives de donneurs d'ordre visant à empêcher la banque garante de payer⁷¹.

b. Les inconvénients de la garantie à première demande pour l'importateur

Nous avons vu que le principe cardinal de la garantie bancaire à première demande est son indépendance vis-à-vis du contrat de base. Ce principe permet à l'importateur/bénéficiaire d'être payé à première réquisition, sans que le garant puisse soulever des exceptions tirées du contrat de base. Mais dans certaines circonstances (politiques nationales ou internationales), il est fait entorse au principe d'autonomie de la garantie et le bénéficiaire se voit opposer un refus catégorique de paiement. Il en est ainsi des garanties américaines émises lors de la crise iranienne qui a culminé dans la prise en otage de ressortissants américains. La jurisprudence américaine a fait, à cet égard, un revirement spectaculaire.

En effet, en novembre 1979, il y a prise d'otages à l'ambassade américaine à Téhéran. Survient alors une rupture complète des relations économiques et commerciales entre les deux pays. En conséquence, 14 demandes d'injonctions de non-paiement sont présentées aux tribunaux fédéraux : 12 injonctions sont octroyées et seulement deux sont rejetées. Nous présentons ici quelques cas.

Dans une espèce, *Touche Ross & Co. v. Manufacturers Trust Co.*⁷², une firme comptable a été chargée de faire l'audit de certains contrats militaires en Iran. Touche Ross, la firme, annule le contrat de base pour cas de force majeure. Suivant les termes de ce contrat, son annulation éventuelle devrait entraîner *ipso facto* celle des garanties subséquentes. La Cour a accédé à la demande

⁷⁰ Il en est ainsi, du moins, des entreprises françaises, donneurs d'ordre; voir M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 364.

⁷¹ *Id.*, p. 365.

⁷² *Touche Ross & Co. v. Manufacturers Trust Co.*, 107 Misc. 2d 438, 434 N.Y.S. 2d 575 (N.Y. Sup. Ct. 1980).

d'injonction du donneur d'ordre en estimant que dans ces conditions, « *no legitimate call could be made on the guarantee* »⁷³.

Dans un autre arrêt, *Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*⁷⁴, une compagnie américaine, Harris, a conclu avec l'Iran un contrat de vente d'émetteurs F.M. et a souscrit une lettre de garantie de bonne exécution auprès d'une banque iranienne. L'exécution du contrat est presque complète lorsqu'éclate la révolution en Iran. Le contrat permet aux parties de le résilier en cas de force majeure pour obtenir mainlevée des garanties subséquentes. Mais aucune des parties n'a exercé ce droit. Devant l'incapacité de Harris d'exécuter le contrat jusqu'au bout, le gouvernement iranien présente à la banque garante une demande « proroger ou payer », demande contre laquelle Harris a actionné et obtenu une défense de payer.

Le tribunal a interprété assez largement la notion de fraude dans la transaction pour inclure « *any type of fraudulent conduct in the letter of credit* » et même la « *fraud external to the complying documents* ». Selon le même tribunal, il y a fraude dans l'appel de la garantie parce qu'il y a violation des termes du contrat de base qui prévoit l'annulation des garanties en cas de force majeure. Ayant relevé que le bénéficiaire de la garantie et la banque garante elle-même sont tous deux des agences du gouvernement iranien, le tribunal soutient que « *the demand was in some sense [a demand] by Iran upon itself and may have been an effort by Iran to harvest undeserved bounty* »⁷⁵.

Dans *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*⁷⁶, Itek, une entreprise américaine, a conclu avec le ministère iranien de la Guerre un contrat de vente d'équipement optique sophistiqué d'une valeur de 22,5 millions de dollars américains. Le contrat requiert de Itek la souscription d'une lettre de garantie d'un montant de 6,25 millions de dollars. Il prévoit une clause suivant laquelle la survenance d'un cas de force majeure entraînerait

⁷³ Voir George KIMBALL et Barry A. SANDERS, « Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letters of Credit — Lessons from Iran », (févr. 1984) 39 *The Business Lawyer* 432.

⁷⁴ *Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television*, 691 F.2d 1344 (11th Cir. 1982).

⁷⁵ G. KIMBALL et B.A. SANDERS, *loc. cit.*, note 73.

⁷⁶ *Itek Corp. v. First National Bank of Boston*, 511 F. Supp. 1341 (D. Mass. 1981).

l'annulation du contrat et la mainlevée de la garantie. Suite à la demande « proroger ou payer » de l'Iran, Iték se prévaut de l'annulation de sa propre licence d'exportation au début de l'année 1979 et invoque la force majeure. Il ne demande pas cependant l'annulation du contrat de base, mais plutôt une mainlevée de la garantie jusqu'à l'année suivante. La Cour a soutenu que « *any demand on the guarantees or letters of credit by Iran in March, 1980 would necessarily have been fraudulent* »⁷⁷. Il est donc clair que la Cour apprécie la fraude en tenant compte du contrat de base plutôt que de la demande de paiement, remettant ainsi en cause le principe de l'indépendance de la garantie.

Dans d'autres espèces⁷⁸ mettant en cause des contrats avec des agences du gouvernement iranien, le tribunal a examiné le contrat de base en vue d'établir la fraude et a conclu que la force majeure, en mettant fin à l'exécution du contrat, devrait lever les garanties des banques iraniennes ainsi que les crédits subséquents. Dans ces mêmes arrêts, le tribunal fait devoir à la banque garante de plaider les arguments de son donneur d'ordre contre le bénéficiaire, ce qui « dénature fondamentalement son rôle voulu "neutre", car son engagement à l'égard du bénéficiaire est indépendant tant du contrat de base que de son rapport avec le donneur d'ordre », déplore Affaki⁷⁹.

Les ingérences judiciaires dans le mécanisme des garanties durant la crise iranienne étaient appuyées par le règlement américain de contrôle des avoirs iraniens. Ce règlement, dans sa version du 28 novembre 1979, dispose en son article 535.568 qu'

à la réception de l'appel, la banque émettrice doit suspendre tout paiement pendant huit jours durant lesquels le donneur d'ordre pourra demander au Trésor d'ouvrir un compte, dans ses propres livres, au nom du bénéficiaire iranien [...], l'engagement bancaire étant désormais bloqué pour une durée indéterminée.

Dans ces conditions, Affaki se demande si les garanties indépendantes sont encore « indépendantes »⁸⁰. Le moins qu'on puisse dire est que les garanties ne sont pas à l'abri des risques

⁷⁷ G. KIMBALL et B.A. SANDERS, *loc. cit.*, note 73, p. 433.

⁷⁸ *Collins Systems International v. Citibank* et *Rockwell Systems International v. Citibank* (cités par G. KIMBALL et B.A. SANDERS, *id.*, p. 435).

⁷⁹ B.G. AFFAKI, *op. cit.*, note 59, p. 5.

⁸⁰ *Id.*

politiques nationaux et internationaux. Il en est ainsi en cas d'embargo, comme nous le remarquons dans le cas de l'Irak.

En effet, depuis son invasion du Koweït, l'Irak fait face à un embargo économique et commercial décrété par le Conseil de sécurité de l'ONU à travers la Résolution 661 du 6 août 1990. Cette Résolution interdit tout échange commercial avec l'Irak ainsi que « les activités qui pourraient favoriser ces échanges », dont notamment les transferts de fonds. Dans sa Résolution 687 du 3 avril 1991, le Conseil de sécurité fixe les conditions d'un cessez-le-feu, en décidant, à l'article 29, que :

*tous les États, y compris l'Irak, prendront les mesures nécessaires pour qu'il ne puisse être fait droit à aucune réclamation présentée par les pouvoirs publics irakiens, par toute personne physique ou morale en Irak ou par des tiers agissant par son intermédiaire ou pour son compte, et se rapportant à un contrat ou à une opération dont l'exécution aurait été affectée du fait des mesures décidées par le Conseil de sécurité dans sa résolution 661 (1990) et ses résolutions connexes.*⁸¹

En outre, devant les inquiétudes exprimées par les entrepreneurs européens de voir une avalanche de recours en paiement au titre des garanties, le Parlement européen a cru devoir adopter le règlement communautaire 3541/92 du 7 décembre 1992, en vue « d'empêcher l'Irak d'obtenir une compensation pour les effets négatifs de l'embargo » par le biais des garanties. Le règlement commence d'abord par lever l'équivoque au niveau de la clause « proroger ou payer », en indiquant que la mesure de prohibition se rapporte également à « une demande visant à obtenir la prorogation ou le paiement d'une garantie ou contre-garantie financière, quelle qu'en soit la forme »⁸². Dans l'énumération des personnes dont la demande est irrecevable, le règlement communautaire précise qu'il s'agit de « toute personne physique ou morale introduisant une demande découlant [de] ou en relation avec l'exécution d'une garantie ou d'une contre-garantie financière au profit d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales susmentionnées ».

⁸¹ Bernard GRELON et Thierry DAL FARRA, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : l'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », (mai/juin 1994) 43 *Revue de Droit bancaire* 99.

⁸² B.G. AFFAKI, *op. cit.*, note 59, p. 9.

Mais le point culminant du règlement communautaire a son siège à l'article 3 en vertu duquel il peut être fait droit « aux demandes relatives aux contrats ou opérations, **à l'exception de toute garantie ou contre garantie financières** [...] »⁸³. L'article 3 (c) permet d'accueillir les « les demandes de paiement de sommes d'argent versées sur un compte dont le paiement a été bloqué », mais à condition « que ce paiement ne concerne pas des sommes versées au titre de garanties de contrats ». La position américaine face aux garanties irakiennes s'inscrit dans le même sens.

En effet, le 18 janvier 1991, le département du Trésor américain adopte l'acte 56 FR. 2112, pour réglementer les sanctions irakiennes. Comme le règlement communautaire européen, le règlement américain oppose une fin de non-recevoir à toutes les garanties irakiennes. Son article 575.518 interdit le paiement des lettres de crédit stand-by et des « *performance bonds* » par les banques émettrices et confirmantes, lesquelles doivent notifier sans délai au donneur d'ordre l'appel de la garantie. Ainsi, le donneur d'ordre pourra présenter, dans un délai de cinq jours ouvrables, une demande au Trésor afin d'obtenir l'autorisation de constituer dans ses livres un compte bloqué au nom du bénéficiaire irakien. Cette mesure rejoint la solution élaborée dans le cadre de la crise iranienne, dont nous avons parlé plus haut.

Comme nous le remarquons, la garantie bancaire ne donne pas lieu à un droit absolu. Outre les cas de fraude ou d'abus manifestes, son paiement peut être empêché pour des raisons totalement étrangères au bénéficiaire.

c. Les inconvénients de la garantie à première demande pour le banquier garant

Les risques de la garantie pour le garant sont soulignés même dans la Bible. Dans les Proverbes 6 et 11, il est écrit que celui qui se porte caution ou garant de son voisin se constitue par là même prisonnier des paroles de sa bouche⁸⁴. Les risques assumés par les banques dans une opération de garantie sont généralement

⁸³ Le caractère gras est de nous.

⁸⁴ Sur cette référence biblique, voir K.P. McGUINNESS, *op. cit.*, note 69, pp. 3 et 4.

liés à l'appel abusif ou frauduleux de la garantie par le bénéficiaire et à la réglementation internationale en cas d'embargo ou de guerre. Il en fut ainsi durant la crise du Golfe.

En fait, les banques qui ont dû honorer les premiers appels de garantie irakienne et celles qui s'apprêtent à payer dès la levée de l'embargo, ne savent si elles seront indemnisées par les donneurs d'ordre. Le Conseil de la Communauté européenne a fini par être très clair sur cette question : « En ce qui concerne la question des indemnités dues aux banques par les exportateurs, dans le cas où les banques ont payé une garantie, aucun droit à indemnisation ne devrait être reconnu lorsque la demande n'a pas à être honorée »⁸⁵. C'est alors que les banques anglaises, allemandes, italiennes et françaises ont fait savoir leurs positions, aussi divergentes soient-elles.

En Grande-Bretagne, la British Bankers Association a désapprouvé la communauté européenne en indiquant que le risque final devrait être assumé par le donneur d'ordre et non par la banque. L'Association considère l'interdiction qui est faite aux banques de recourir contre le donneur d'ordre comme « une expropriation sans indemnisation ». En Allemagne, les banques sont plus réalistes : elles donnent mainlevée à leurs clients, mais les donneurs d'ordre s'engagent à les rembourser au cas où elles subiraient un quelconque préjudice lié à ces garanties dans l'avenir. En Italie, le règlement 3541/92 « libère définitivement les donneurs d'ordre de toute obligation à l'égard des institutions émettrices ». En France, les banques refusent d'admettre la caducité des garanties ainsi que leur mainlevée et la Commission bancaire semble se rallier à cette position en décidant que les garanties « ne peuvent être exécutées », mais qu'elles « devront demeurer enregistrées dans les documents comptables des établissements de crédit »⁸⁶. Quelques décisions européennes ont été prises au tort des banques. Nous en citerons deux.

⁸⁵ B.G. AFFAKI, *op. cit.*, note 59, p. 9.

⁸⁶ *Id.*, p. 7.

- ***Endeco Barazzuol J.V. et autres c. Banca Nazionale del Lavoro (BNL) et Banca Commerciale Italiana (COMIT)***⁸⁷

Dans cette affaire, Endecco (une entreprise italienne) avait conclu le 25 août 1989 un contrat avec la SEIDAC, administration irakienne rattachée au ministère de l'Industrie, portant sur la réalisation d'un ensemble industriel à El-Anbar en Irak. Endecco a souscrit une garantie de restitution d'acompte et de bonne fin auprès de la banque irakienne Rafidain, elle-même contregarantie par un pool bancaire formé par la BNL et COMIT; Endecco a même constitué des nantissements en faveur de ces banques.

L'exécution du contrat de base étant paralysée à la suite de l'embargo des Nations unies, Endecco assigne les banques pour obtenir mainlevée de son engagement. Le juge civil du tribunal de Padoue lui en fait droit, en estimant que le règlement de la CE a édicté un dispositif « permanent » de protection du donneur d'ordre et a prôné une interdiction d'exécution « définitive et sans limitation de temps » qui a pour effet d'aboutir à « la caducité permanente et définitive des garanties »⁸⁸. Mais le même tribunal a soutenu que la « mesure communautaire se limite à interdire “de faire droit” aux demandes irakiennes et a pour seul effet de légitimer le rejet de ces demandes, ce qui implique non pas l'extinction de la relation, mais simplement que son exécution ne peut être demandée »⁸⁹.

- ***Société générale c. L'Air liquide***⁹⁰

Bien que cette espèce ne soit pas strictement liée à la guerre du Golfe, il serait toutefois intéressant de l'examiner pour trois raisons : elle s'est posée à la veille de cette crise et elle pose le problème de l'autonomie de la garantie ainsi que celui de la responsabilité des banques face aux appels frauduleux.

En l'espèce, la Société générale (banque française) avait fourni une garantie de bonne exécution à un bénéficiaire iranien sur ordre de L'Air Liquide (France). La banque iranienne garante de premier rang fit appel à la contregarantie tout en mentionnant

⁸⁷ Trib. civ. Padoue, 20 avril 1993, inédit, rapporté par B.G. AFFAKI, *id.*

⁸⁸ *Id.*, p. 11.

⁸⁹ *Id.*, p. 12.

⁹⁰ Cass. com. 6 février 1990, *Bull.* 1990, *IV*, n° 33; cité par B.G. AFFAKI, *id.*

que la société bénéficiaire de la garantie était dissoute. Face aux hésitations de la Société générale, la banque iranienne se fit payer sur les sommes dont elle était débitrice à l'égard de la banque française. Cette dernière se retourna alors contre son donneur d'ordre. Sa demande, après avoir été accueillie par le tribunal de commerce, est rejetée en appel. La Cour de cassation soumet la validité de la garantie aux dispositions du contrat de base et décide que « l'obligation de garantie était éteinte et que L'Air Liquide n'était tenu à aucune obligation de remboursement ».

Il convient de souligner que l'examen que nous venons de faire des risques liés à la garantie à première demande relève de considérations plus académiques que pratiques. Comme l'a relevé, à juste titre, le professeur Vasseur⁹¹, « si des abus se glissent dans les appels des garanties, il n'apparaît pas, malgré tout, qu'ils soient si nombreux qu'il faille dramatiser à leur propos par rapport au nombre de garanties fournies ». Il est possible aux parties de se prémunir contre ces risques et de se mettre à l'abri des ennuis juridiques. C'est dans les différentes conventions qui les lient qu'elles doivent chercher cette protection, d'où l'importance des clauses dans les contrats de garantie, ce dont nous allons traiter dans la deuxième partie de cet article.

II. Les contrats de garantie et les principales clauses à surveiller

Il n'est pas illusoire de penser qu'un contrat de garantie bien négocié pourrait éviter les ennuis auxquels le donneur d'ordre, notamment, ferait face en cas d'appels frauduleux. Pour ce faire, certains auteurs suggèrent que la lettre de garantie exige une documentation extensive (y compris un jugement judiciaire ou arbitral), qu'elle évite les détenteurs réguliers autres que le bénéficiaire lui-même, qu'elle inclue une réduction de la garantie par rapport à la partie du contrat de base déjà exécutée, qu'elle soumette l'annulation de la garantie à celle du contrat, et que la banque garante leur notifie l'appel de la garantie⁹².

⁹¹ M. VASSEUR, *op. cit.*, note 18, p. 382.

⁹² Voir, notamment, G. KIMBALL et B.A. SANDERS, *op. cit.*, note 73, pp. 436-440.

De telles suggestions, quoique prudentes, ne nous paraissent cependant pas toutes conformes à l'esprit de la garantie à première demande. Il faut éviter de revenir aux « garanties contractuelles » de la C.C.I., qui ont largement donné la preuve de leur inefficacité⁹³. Pour se prémunir contre les risques liés à la garantie, il suffit que les parties observent la plus grande attention, non seulement dans le texte même de la garantie, mais dès le contrat entre l'exportateur et l'importateur d'une part, et celui entre l'exportateur et la banque garante d'autre part.

A. Contrat de base et rapport de couverture

En principe, nous ne devrions pas nous attarder sur le contrat entre l'exportateur et l'importateur, en raison de l'indépendance de la garantie vis-à-vis de celui-ci. Mais il faut reconnaître que le contrat de base est « l'acte de naissance » de la garantie. Dans une certaine mesure, il en prévoit les modalités, même si le contrat de garantie à proprement parler peut ne pas en être une reproduction pure et simple.

1. Le contrat de base

Il peut s'agir d'un contrat de vente, d'un contrat d'entreprise, de mandat ou de prêt. Certains auteurs pensent que le contrat de base est la cause de la garantie. En règle générale, la délivrance d'une garantie est une obligation principale qui incombe à l'exportateur⁹⁴. Comme en matière de crédit documentaire, le texte même de la garantie figure *in extenso* dans le contrat de base ou y est annexé comme partie intégrante⁹⁵. Ainsi, si l'exportateur faillit à son obligation d'ouvrir la garantie, l'importateur peut le poursuivre en dommages-intérêts pour inexécution du contrat de base.

Pour limiter le risque lié à l'inexécution par l'exportateur de son obligation de fournir une garantie, l'importateur peut exiger de soumettre l'entrée en vigueur du contrat de base à la condition suspensive de délivrance de cette garantie. Mais il peut arriver

⁹³ Cf. l'Introduction des RUG (1992).

⁹⁴ Sauf, bien entendu, les cas où celui-ci est le bénéficiaire de la garantie. Il en est ainsi en cas de garanties de paiement.

⁹⁵ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, pp. 54 et 75; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 76.

que l'exportateur promette indéfiniment de s'exécuter. Pour éviter tout problème, il vaut mieux que les parties prévoient que le fait de ne pas émettre la garantie dans un certain délai constitue une condition résolutoire du contrat de base⁹⁶. Une telle clause n'entame pas le principe de l'indépendance de la garantie par rapport au contrat de base. Car, si le défaut d'ouverture ou le retard dans l'ouverture de la garantie peut, dans une certaine mesure, annuler le contrat de base en vertu de dispositions contractuelles, la nullité du contrat de base pour autre cause, par contre, n'entraîne pas *ipso facto* celle de la garantie déjà ouverte.

La question reste de savoir si la garantie qui sera effectivement délivrée doit être strictement conforme à celle qui est prévue dans le contrat de base. L'adverbe « strictement » est peut-être exagéré. Le moins qu'on puisse dire est que le texte émis doit correspondre au texte prévu quant à sa portée et à son étendue. Mais une telle flexibilité ne doit pas donner lieu à des abus. Il faut que les parties prévoient des garde-fous : d'abord, la modification du texte de base doit être imposée par la législation du pays du garant; ensuite, une telle modification requiert l'assentiment de l'exportateur ou de l'importateur, selon qu'il s'agit d'une garantie indirecte ou directe.

Aussi, est-il essentiel que le contrat de base prévienne expressément la délivrance de la garantie par une banque nommément désignée. Une telle stipulation dépendra, évidemment, de l'identité de la partie qui occupera la position de force. S'il s'agit d'un marché vendeur, l'exportateur pourra imposer à son co-contractant une garantie directe, en choisissant sa propre banque comme banque garante. Si, par contre, le marché est acheteur, l'importateur imposera le mécanisme de la garantie indirecte, en désignant une banque située dans son propre pays comme banque garante de premier rang. Il arrive même que des exportateurs préfèrent délivrer des garanties à haut risque plutôt que de perdre un contrat⁹⁷.

Le dernier point sur lequel il convient d'insister en ce qui a trait au contrat de base concerne la loi applicable en cas de conflit. L'on sait qu'en cette matière c'est le principe de

⁹⁶ F. LOGOZ, *id.*, p. 77.

⁹⁷ Anthony PIERCE, *Demand Guarantees in International Trade*, London, Sweet & Maxwell, 1993, p. 46.

l'autonomie de la volonté qui joue. Il appartient donc aux parties de désigner, dans leur contrat, la loi à laquelle elles entendent soumettre tout litige éventuel. Or, il est rare que les parties elles-mêmes en désignent une⁹⁸. En l'absence d'une clause d'élection de droit, les juges ou les arbitres appliqueront l'article 27 des RUG :

[s]auf si la Garantie ou la Contregarantie en dispose autrement, la loi applicable sera celle du lieu d'établissement du Garant ou du Contregarant (selon le cas), ou bien si le Garant ou le Contregarant a plus d'un établissement, celle qui s'applique à la succursale qui a émis la Garantie ou la Contregarantie.

Outre les dispositions des RUG, les juges ou arbitres tiendront également compte des règles générales du droit international privé⁹⁹ et notamment, de celles dégagées par la Convention de Rome du 19 juin 1980, (art 4, al. 1 et 2) : en l'absence de choix exprès d'une loi, la loi applicable au contrat sera celle du lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique, soit la loi du garant en matière de garantie à première demande¹⁰⁰. Le choix de la loi du garant n'est qu'une présomption simple. Il peut résulter de l'ensemble des circonstances que l'élection d'une autre loi est plus appropriée (Convention de Rome, art. 4.5).

Dans ce cas, le droit allemand, par exemple, recherche des critères de rattachement comme la langue du texte du contrat de garantie, la monnaie de paiement, l'emploi d'un formulaire propre à un pays, une clause de prorogation de for, etc.¹⁰¹. Dans le même sens, un arrêt du Tribunal fédéral suisse déroge à la loi du garant en raison du fait que le lieu d'exécution, la monnaie du

⁹⁸ Voir Raymond JACK, *Documentary Credits : the law and practice of documentary credits including standby credits and demand guarantees*, London, Dublin, Edinburg, Butterworths, 1993, p. 295.

⁹⁹ *Id.*, pp. 293-294.

¹⁰⁰ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 129; J. DOHM, *op. cit.*, note 1, pp. 145 et 146; art. 1^{er} du Code suisse de droit international privé. Il faut souligner, toutefois, que dans certains pays, la loi choisie par les parties doit avoir un lien avec le rapport qu'elle veut régir (art. 41 du Code civil portugais; art. 25 de la Loi polonaise du 12 novembre 1965 sur le Droit international privé; art. 10 du Titre préliminaire du Code civil espagnol; *Uniform Commercial Code* américain, section 1-105). Sur cette nuance, voir M. PELICHET, *op. cit.*, note 64, p. 338.

¹⁰¹ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 284.

paiement, la langue du contrat, et « l'étroite communauté d'intérêts » entre le garant et le donneur d'ordre indiquaient l'existence de « liens spéciaux » avec un autre ordre juridique¹⁰².

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'évoquer, il est fait place à l'incertitude et aux aléas juridiques. Il vaut donc mieux que les parties ne comptent pas sur les critères généraux de rattachement et désignent expressément une loi. Cette précaution vaut aussi pour le contrat entre l'exportateur et la banque garante.

2. Le rapport de couverture

Le rapport de couverture, encore appelé « rapport de provision » ou « revers pour garantie », est le contrat entre l'exportateur/donneur d'ordre et la banque garante ou contregarante, selon le cas. Bien qu'une partie de la doctrine française¹⁰³ persiste à qualifier un tel rapport de contrat de crédit, la doctrine internationale dominante soutient qu'il s'agit d'un mandat¹⁰⁴ : le donneur d'ordre est le mandant; le garant, le mandataire; et l'émission de la garantie, l'objet du mandat.

En tant que mandataire du donneur d'ordre, le garant est tenu de suivre ses instructions. La question se pose, toutefois, de savoir si la banque a l'obligation d'émettre la garantie quelles que soient les circonstances. De notre point de vue, la banque ne peut être tenue que d'une obligation de moyens parce que c'est elle qui apprécie l'opportunité de la garantie. Nous avons déjà vu dans la première partie de cet article¹⁰⁵ qu'elle est relevée de toutes responsabilités en cas de force majeure. En dehors de ces cas, il faudra ajouter les « faits du Prince » qui empêcheraient l'exécution de la garantie. L'article 7(a) des RUG en fait mention en disposant que :

¹⁰² ATF 67 II 215; cité par T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 244. Pour une discussion plus approfondie sur la question de la loi applicable au contrat de garantie, voir Gérard MONGBÈ, *La loi applicable à la garantie bancaire*, Mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 1996.

¹⁰³ Mattout, Stoufflet, Rives-Lange et Contamine-Reynaud; cités par F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 79.

¹⁰⁴ Vasseur, Pouillet, cités par F. LOGOZ, *id.*; voir aussi J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 77; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 121.

¹⁰⁵ Voir *supra*, p. 802.

[]orsqu'un Garant a reçu pour instructions d'émettre une Garantie mais que les instructions sont telles que si elles étaient mises en œuvre le Garant serait, en vertu de la loi ou des règlements dans le pays de l'émission, dans l'incapacité de respecter les termes de cette Garantie, ces instructions ne seront pas exécutées.¹⁰⁶

L'article 7 (b) des RUG précise que « [r]ien dans le présent article n'obligera le Garant à émettre une Garantie au cas où le Garant n'est pas d'accord pour le faire ». Il nous apparaît clair que la banque ne peut être tenue que d'une obligation de moyens, quitte à engager sa responsabilité délictuelle.

En outre, l'on se demande si la banque a un « devoir de conseil » envers le donneur d'ordre. Certains auteurs pensent que le garant est tenu d'attirer l'attention de son client sur les ambiguïtés, les irrégularités et les vices liés au texte de base¹⁰⁷, même s'il ne s'agit pas là d'une obligation légale. Force est de constater qu'il est de l'intérêt du garant de protéger les intérêts du donneur d'ordre, pour autant que cela soit conforme à la lettre de garantie.

Certaines clauses du contrat de couverture sont à surveiller. Les parties doivent préciser si le garant est tenu ou non « d'informer le donneur d'ordre de l'appel » de la garantie à première demande. À première vue, cette question paraît anachronique, dans la mesure où la garantie bancaire à première demande suppose que le garant soit tenu de payer le bénéficiaire dès que ce celui-ci le requiert, sans avoir à demander l'assentiment du donneur d'ordre. Imposer au garant une obligation d'informer le donneur d'ordre de l'appel de la garantie, c'est reconnaître qu'il existe un lien juridique entre le contrat de garantie et le contrat de couverture; ce qui constitue une entorse grave au principe de l'indépendance de la garantie¹⁰⁸.

Mais, prenons garde que le rigorisme juridique ne tue le sens des affaires. On ne le dira jamais assez, en octroyant une garantie

¹⁰⁶ Voir aussi B.V. McCULLOUGH, *op. cit.*, note 20, p. 1-135. Cette disposition des RUG est en harmonie avec l'article VIII (2)(b) des Accords de Bretton Woods (FMI, 1946) sur les transferts de fonds et le contrôle des changes : l'arrêt *United City Merchants Ltd. c. Royal Bank of Canada*, [1983] 1 AC 168 en est une illustration (*cf.* R. JACK, *op. cit.*, note 98, pp. 310-313).

¹⁰⁷ Michel Vasseur et François Logoz; voir F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 82.

¹⁰⁸ C'est le point de vue que défendent certains auteurs comme l'Allemand Zahn et les Français Stoufflet et Vasseur; cités par F. LOGOZ, *id.*, pp. 86 et 87; *cf.* aussi M. VASSEUR, *loc. cit.*, note 18, 370.

au bénéficiaire, le garant a pris un engagement totalement indépendant de celui du donneur d'ordre. Même si le droit lui accorde une autonomie dans ses transactions avec le bénéficiaire, la courtoisie lui recommande cependant d'informer au moins son mandant de l'appel de la garantie¹⁰⁹. Le respect du devoir d'informer n'enlève pas à la banque son pouvoir de décider, par elle seule, si la garantie doit être versée ou non¹¹⁰. Si tant est que le garant veut protéger les intérêts de son client, le moins qu'il puisse faire est de l'informer de l'imminence de l'appel à la garantie. Les RUG lui en font d'ailleurs devoir : l'article 21 dispose, en effet, que « [l]e garant transmettra sans retard la demande du Bénéficiaire et tous autres documents connexes au Donneur d'ordre ou, le cas échéant, au Contregarant pour transmission au Donneur d'ordre ». Cela ne relève que du bon sens, car le donneur d'ordre est mieux placé que le garant pour juger du caractère abusif ou frauduleux de l'appel à la garantie¹¹¹. Il est bien entendu que, comme en matière de crédit documentaire, le principe de l'indépendance en matière de garantie ne joue pas en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire : *fraus omnia corrumpit*¹¹².

Si le garant se sent inconfortable avec le devoir d'informer le donneur d'ordre de l'appel de la garantie (ce à quoi il ne saurait déroger si la garantie est régie par les RUG), il doit au moins reconnaître son obligation de procéder à un examen sommaire de l'appel en vue de voir s'il est bien régulier. Nous savons que le garant est, en principe, tenu d'examiner l'appel avec un soin raisonnable, mais jusqu'où doit-il aller? Il y a des risques qu'il soit tenu d'une vérification caractéristique d'un crédit documentaire,

¹⁰⁹ Dans le même sens, voir T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 122.

¹¹⁰ *Id.*, p. 123; dans le même sens, voir J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 84.

¹¹¹ C'est la position à laquelle se rallient la doctrine et la jurisprudence belges (voir T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 122), et des auteurs comme Rives-Lange, Contamine-Reynaud, Mattout, etc. (voir F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 87).

¹¹² Nous l'avons montré lorsque nous parlions des garanties américaines lors de la crise iranienne; voir aussi M. PELICHET, *op. cit.*, note 64, pp. 351-354; B.V. McCULLOUGH, *op. cit.*, note 20, p. 1-144; N. HORN et E. WYMEERSCH, *op. cit.*, note 6, pp. 26-54 (pour une étude de l'appel frauduleux de la garantie en droit comparé); et les arrêts de principe : *Sztejn v. J. Henri Schroder Banking Corp.*, 31 N.Y.S.2d 631 (S.C. 1941) et *Banque de Nouvelle-Écosse c. Angelica Whitewear Ltd. et Angelica Corporation*, [1987] 1 R.C.S. 59.

comme la doctrine et la jurisprudence françaises ont tendance à l'exiger¹¹³.

La solution qui réconforterait les deux parties, à notre avis, consisterait en ce que le garant informe le donneur d'ordre de l'appel du bénéficiaire et ne procède pas immédiatement au paiement. Il peut observer un bref délai de trois ou quatre jours avant d'honorer l'appel. Ce bref délai, imposé par l'urgence de la garantie, devrait être suffisant pour que le donneur d'ordre fasse valoir ses arguments¹¹⁴. Il est bien entendu que l'avis du donneur d'ordre est sans influence sur le garant qui juge convenable de procéder au paiement. Le seul avantage pour le donneur d'ordre d'être informé de l'appel serait d'avoir l'occasion d'avertir le garant des éventuelles irrégularités de l'appel. Si le garant paie contre son avis, il n'aura pas droit au remboursement au cas où l'appel aura été effectivement jugé irrégulier par les tribunaux ou les arbitres.

Outre le devoir d'informer le donneur d'ordre de l'appel à la garantie, le contrat de couverture peut comporter une clause autorisant la banque garante, qui a payé le bénéficiaire, à débiter d'office le compte du donneur d'ordre ou à disposer des sûretés qu'il a fournies. On peut introduire une clause du genre: « nous (donneur d'ordre) vous (garant) autorisons à débiter notre compte de tel montant que vous serez appelés à verser au bénéficiaire de votre garantie »¹¹⁵.

S'il s'agit d'une garantie indirecte, le donneur d'ordre doit répondre à l'égard de la banque contregarante de la même manière que celle-ci répond vis-à-vis de la banque garante de premier rang. La Société de Banque Suisse dispose d'un contrat-type qui stipule à la charge du donneur d'ordre :

nous avons pris connaissance du fait que vous êtes tenus, en vertu de votre responsabilité vis-à-vis de la banque garante, de rembourser sans réserve ladite banque dès que celle-ci vous communique qu'elle a dû s'exécuter en raison de sa propre garantie. Nous avons pris acte que vous n'êtes pas autorisés à contester le bien-fondé de la requête

¹¹³ Voir F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, pp. 83-86.

¹¹⁴ C'est d'ailleurs la solution proposée par J. DOHM (*op. cit.*, note 1, p. 84) et la jurisprudence suisse (Justice de Genève, 17 mai 1984, *SJ* 1984, p. 458), citée par F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 87.

¹¹⁵ F. LOGOZ, *id.*, p. 93.

*de la banque garante par le biais d'exceptions ou d'objections découlant directement du rapport juridique entre le bénéficiaire d'une part et nous-mêmes, respectivement le débiteur susmentionné, d'autre part. Nous avons pris connaissance du fait que vous ne pouvez pas vous opposer au paiement vis-à-vis de la banque fournissant la garantie, même dans le cas où nous ne pouvons pas remplir nos obligations pour des raisons qui échappent à notre influence, comme par exemple la force majeure, la guerre ou la grève [...].*¹¹⁶

Mais si le garant ne veut ni informer le donneur d'ordre de l'appel, ni procéder à une vérification plus ou moins étendue de cet appel, il pourrait imposer à son cocontractant une « clause de renonciation à contester le bien-fondé de l'appel ». Comme l'a rapporté Logoz¹¹⁷, les tribunaux français ont eu à se prononcer sur de telles clauses. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles¹¹⁸ a eu à apprécier une telle clause en matière de caution :

Nous (le donneur d'ordre) nous interdisons de contester à votre égard [le garant] le bien-fondé des virements que vous pourriez être amenée à effectuer en vertu de ladite caution [dans notre cas, la garantie à première demande] et dont vous débitez notre compte sur vos livres.

Il faut reconnaître que la clause de renonciation est embarrassante. Nul ne peut déroger, par des conventions particulières, aux dispositions qui relèvent de l'ordre public. Tous les hommes sont égaux devant la loi et la protection de la personnalité relève de l'ordre public. Il est donc inconcevable de s'interdire de faire valoir ses droits en justice. La clause de renonciation ne peut empêcher le donneur d'ordre d'exercer tout recours contre le paiement effectué par le garant. C'est d'ailleurs le point de vue exprimé par le Tribunal de grande instance de Paris :

Attendu que la renonciation contractuellement acceptée par ce groupement [donneur d'ordre] de ne pas discuter l'appel de la garantie à première demande, dans le cadre de ses relations d'affaires avec la société saoudienne [bénéficiaire], ne constituait pas, pour autant, sous peine de déni de justice, une sorte de carcan, qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son cocontractant, au point

¹¹⁶ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 121.

¹¹⁷ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 94.

¹¹⁸ Cour d'appel de Versailles, 1^{er} décembre 1988, *SA Méditerranéenne de Banque c. Wadha Bank*, D. 1989 SC 155.

*de lui interdire d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français [...]*¹¹⁹

Ainsi, la clause de renonciation doit être comprise comme un engagement pris par le donneur d'ordre de ne pas interférer dans les rapports de la banque avec le bénéficiaire, tout en se réservant le droit de se retourner contre la banque ou le bénéficiaire si le paiement de la garantie a été fait à tort. D'ailleurs, dans les systèmes juridiques de la plupart des pays exportateurs, les clauses de renonciation sont nulles de plein effet. Dans un arrêt du 15 juin 1973, la Cour d'appel de Paris a jugé contraire à l'ordre public une clause qui stipule le paiement d'une garantie dans « une période indéterminée, à première réquisition et nonobstant toute contestation de la part [du donneur d'ordre] »¹²⁰.

B. Contrats de contregarantie et de garantie

Nous rappelons que la contregarantie entre en jeu dans le cadre d'une garantie indirecte opérée par une deuxième banque, généralement celle du bénéficiaire, sur instruction de la banque du donneur d'ordre. La contregarantie donne lieu à un ensemble de quatre rapports juridiques distincts : bénéficiaire-donneur d'ordre, donneur d'ordre-banque contregarante, banque garante-bénéficiaire, et banque contregarante-banque garante. Nous venons d'examiner les deux premiers rapports. Il ne nous reste plus qu'à nous intéresser maintenant au contrat de garantie à proprement parler, mais avant d'y arriver, il convient de relever quelques points importants dans les relations entre les banques.

1. Contrat de contregarantie

Pour une partie de la doctrine française et belge, la contregarantie est une « convention de crédit par signature », alors que pour la doctrine majoritaire il s'agit bien d'un contrat de mandat¹²¹. Quoi qu'il en soit, il est intéressant de souligner la double

¹¹⁹ TGI de Paris, 13 mai 1980, *BFCE* c. *Soc. Caillette de Dony*, *D.* 1980 *J.* 488; décision citée par F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 94.

¹²⁰ Arrêt *Banque du Caire* c. *Société française de banque et BNP*, dans *Revue de jurisprudence commerciale* 1973, p. 273; cité par T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 248.

¹²¹ À ce sujet, voir F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 122; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 124; J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 80.

nature des rapports juridiques entre les deux banques : par un contrat de mandat, le contre-garant charge le garant de premier rang d'émettre la garantie et, simultanément il s'engage, à travers un contrat de contre-garantie, à le rembourser sans soulever des objections tirées du contrat de base ou des autres rapports juridiques en jeu. Mais le contrat de mandat et celui de contre-garantie ne font toutefois pas l'objet de deux contrats distincts¹²².

La distinction a un double intérêt juridique: (1) il est plus facile au garant de premier rang de faire appel à la contre-garantie sur la base du contrat de contre-garantie que sur celle du contrat de mandat¹²³; (2) si un conflit s'élève relativement au contrat de mandat, ce conflit sera soumis à la loi du mandataire qui est le débiteur de la prestation caractéristique, alors que tout litige qui a trait aux conditions de remboursement, c'est-à-dire à la contre-garantie, sera soumis à la loi du contre-garant¹²⁴. Il est important que les banques comprennent cette nuance, car la loi du mandataire et celle du contre-garant peuvent ne pas adopter la même solution face à un même litige.

Aussi convient-il de souligner ici l'indépendance du contrat de contre-garantie par rapport au contrat de garantie et au contrat de base. Toutes les dispositions qui ont vocation à s'appliquer à la contre-garantie doivent figurer en propre dans son texte. Si la garantie est réduite en vertu d'une clause, cette réduction ne s'appliquera à la contre-garantie que dans la mesure où elle est expressément indiquée dans le contrat entre les banques¹²⁵.

Le contrat de contre-garantie peut être incorporé dans le contrat de garantie ou faire l'objet d'un acte séparé. Dans le premier cas, la banque du donneur d'ordre demande à son correspondant d'émettre une garantie. Conformément à cette exigence, la banque de premier rang souscrit la garantie et en envoie copie à la banque contre-garante pour accord. Si la loi applicable à

¹²² T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 126.

¹²³ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 130; voir aussi l'exemple donné à ce sujet par T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, pp. 108 et 109.

¹²⁴ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, pp. 298-300; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, pp. 196 et 197; J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 147.

¹²⁵ Ainsi en a décidé la Cour de cassation française, Ch. Com., 27 février 1990, *Banque de gestion privée c. Arab Bank Limited*, D. 1990 SC 213; arrêt cité par F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 125.

la contregarantie le permet, la banque garante de premier rang peut introduire une clause d'interdiction de saisir les tribunaux formulée de la manière suivante :

*Nous avons noté qu'en cas de mise à contribution d'une de nos garanties, vous vous interdisez d'ores et déjà formellement toute action juridique visant à empêcher notre banque d'exécuter le paiement conformément aux engagements qu'elle a pris pour votre compte.*¹²⁶

Dans le second cas, la banque du donneur d'ordre émet une contregarantie dans laquelle elle s'engage à rembourser à la banque de premier rang tout montant que celle-ci aurait dû verser sur la base de la garantie.

2. Contrat de garantie

Comme nous l'avons vu précédemment, la garantie à première demande est un contrat unilatéral¹²⁷ qui ne crée d'obligation qu'à la charge du garant¹²⁸. Aux termes de l'article 2 (a) des RUG, la garantie est un engagement « pris par écrit pour le paiement d'une somme d'argent donnée ». Il suit de là que la garantie doit être émise sous forme écrite¹²⁹. L'article 2 (d) précise que « [l]expression "écrit" ou "par écrit" inclut une télétransmission authentifiée ou un message contrôlé d'échange de données informatiques » (courrier électronique, télex, télécopie ou tout autre système E.D.I.). Les nouvelles technologies de l'information, dont l'Internet, offrent des possibilités de lettre de garantie électro-

¹²⁶ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 81. Soulignons encore que la clause d'interdiction de saisir les tribunaux doit être conforme à l'ordre public de la juridiction applicable à la garantie.

¹²⁷ C'est du moins la position de la doctrine dominante; voir à ce sujet M. PELICHET, *op. cit.*, note 64, pp. 341 et 343.

¹²⁸ T. ROSSI pense, par contre, qu'il s'agit « d'un contrat innommé bilatéral qui ne requiert pas d'acceptation expresse de la part du bénéficiaire » (*op. cit.*, note 2, p. 126).

¹²⁹ Cf. B.V. McCULLOUGH, *op. cit.*, note 20, p. 1-149; ainsi en a disposé le « *Statute of Frauds* » du Canada (cité par K.P. McGUINNESS, *op. cit.*, note 69, p. 27). Mais selon la section 4 de cette loi (suivie par une jurisprudence concordante), une garantie donnée verbalement et subséquemment confirmée par écrit ou par memorandum serait bien valable (*id.*, p. 123). Les juges canadiens soutiennent que l'exigence de l'écrit ne sert qu'aux fins de preuve et que l'engagement de garantie existe en dehors de l'écrit. À notre avis, ces dispositions libérales ne seront applicables qu'en droit interne. Dans le domaine des affaires internationales, l'exigence de l'écrit n'a pas qu'une valeur probatoire; c'est une condition de validité du contrat de garantie.

que. Il reste à explorer de telles possibilités avec les problèmes juridiques qu'elles entraînent¹³⁰.

Les banques disposent généralement de formules de garantie que les clients peuvent utiliser si le texte de la garantie n'a pas été prévu par le contrat de base¹³¹. Dans l'un ou dans l'autre cas, le contrat comporte un préambule, qui indique les nom et adresse du donneur d'ordre, de la banque garante et du bénéficiaire et qui rappelle l'existence du contrat de base; suit le dispositif qui précise le montant et la monnaie de la garantie ainsi que les conditions de son appel; ensuite, le texte indique l'entrée en vigueur de la garantie, son échéance, sa cessibilité et la loi qui lui est applicable en cas de conflit¹³². Il est important de souligner que les instructions visant l'émission de la garantie « doivent être clair[e]s et précis[e]s, sans détail excessif » (art. 3, RUG). Mais cela ne veut pas dire qu'il faille donner des instructions laconiques, comme dans une espèce ancienne, *Westhead* c. *Sproson*. Dans cette affaire, un prétendu contrat de garantie est ainsi libellé :

In consideration of your agreeing, at our request, from time to time, to supply, on credit, to W. Piper such goods as he may require and you may think fit to supply, we, William Sproson and Joseph Piper, do hereby guarantee to you the due and regular payment of such sum and sums of money

¹³⁰ Pour une meilleure compréhension des mirages et des écueils des lettres de crédit ou de garantie par l'E.D.I. ou par l'Internet, consulter entre autres, les sites suivants, disponibles au 4 février 1998 :

<http://www.droit.umontreal.ca/> (Activités de recherche en informatique, inforoutes et droit);

<http://www.multicorp.com/wec/> (Worldwide electronic commerce: Law, Policy, Security and Controls Conference);

http://www.unicc.org/unece/trade/itt/r1134_a.htm (Electronic Commerce: Towards Replacing the Paper Based Letter of Credit - A Conceptual Model);

<http://www.firstunion.com/business/> (First Union International Division now offers interactive Trade Finance Services using the Internet with Cyberbank-LC(sm). Cyberbank-LC(sm) allows Corporate Customers to apply for Commercial Letters of Credit with First Union via the Web). D'autres sites intéressants peuvent être consultés. Voir la liste proposée par M^e Robert Cassius de Linval dans *Le Journal du Barreau*, 15 septembre 1997, p. 10 et 15 février 1998, p. 8.

¹³¹ A. PIERCE, *op. cit.*, note 97, pp. 45-46; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 71. Les banques turques, par exemple, sont obligées, depuis 1986, d'émettre des garanties bancaires à première demande en suivant un formulaire publié dans le journal officiel (T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 80).

¹³² RUG, art. 3; A. PIERCE, *op. cit.*, note 97, p. 40; B.V. McCULLOUGH, *op. cit.*, note 20, pp. 1-152 à 1-155.

*as he now owes, and may at any time and from time to time owe to, on any account whatsoever.*¹³³

Devant un engagement si vague, le juge ne peut que conclure qu'il s'agit de tout sauf d'une garantie.

Si l'on considère la garantie comme une déclaration unilatérale de volonté (comme c'est le cas en droit belge), elle entrera en vigueur dès son émission par le garant, sauf stipulation contraire (art. 6, RUG). Mais la doctrine dominante considère la garantie comme un contrat unilatéral dont l'entrée en vigueur suppose l'acceptation du bénéficiaire¹³⁴. Dès que le bénéficiaire reçoit la lettre de garantie, cette acceptation est établie et le garant ne sera libéré que par un refus du bénéficiaire¹³⁵. Il est extrêmement important que les deux parties soumettent l'entrée en vigueur de la garantie à une condition suspensive, selon la forme de garantie choisie. Ainsi, il peut être stipulé, selon le cas, que la garantie n'entrera en vigueur qu'à condition que l'acompte soit effectivement versé (s'il s'agit d'une garantie d'acompte), que le contrat de base soit conclu (si ce n'est encore fait), que la garantie de soumission antérieurement émise soit restituée par le bénéficiaire (s'il s'agit d'une garantie de bonne fin)¹³⁶.

La durée de validité de la garantie, quant à elle, est d'autant plus importante qu'elle permet au bénéficiaire de connaître les limites de ses droits dans le temps et au donneur d'ordre de pouvoir calculer le montant des commissions qu'il doit verser à la banque¹³⁷. Nous avons déjà souligné les dangers qu'il y a à émettre des garanties illimitées¹³⁸ ou à durée indéterminée. Il n'est pas nécessaire de faire coïncider la durée de validité du contrat de

¹³³ *Westhead* c. *Sproson*, [1861] 6 H & N. 728, E.R. 301; citée par K.P. McGUINNESS (*op. cit.*, note 69, p. 54).

¹³⁴ K.P. McGUINNESS, *op. cit.*, note 69, pp. 41 et 60. Mais McGuinness relève que l'acceptation n'est pas requise dans tous les cas, par exemple, dans l'hypothèse où la garantie est émise sur demande expresse du bénéficiaire.

¹³⁵ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 98; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 126.

¹³⁶ À ce sujet, voir J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 52; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 98.

¹³⁷ F. LOGOZ, *id.*, p. 99.

¹³⁸ C'est le cas en droits syrien, jordanien, libanais et iranien : dans ces pays, on estime que la garantie court tant qu'elle n'a pas été restituée par le bénéficiaire; la durée de validité de la garantie est ainsi laissée à la seule discrétion de ce dernier; sur ce point, voir A. PIERCE, *op. cit.*, note 97, p. 11.

garantie avec celle du contrat de base. Nous venons de voir, au paragraphe précédent, qu'il est possible d'émettre une garantie en l'absence de tout contrat de base et de soumettre son entrée en vigueur à la conclusion de ce contrat. En raison de son caractère autonome, le contrat de garantie peut avoir une durée de validité plus longue ou plus courte que celle du contrat de base. Si le bénéficiaire veut avoir la possibilité de demander une prorogation de la garantie sans obtenir l'accord du donneur d'ordre, il est important qu'il négocie une clause « proroger ou payer » (*prolong or pay* ou *extend or pay*) à insérer dans le texte même de la garantie. Autrement, toute demande de prorogation doit être préalablement approuvée par le donneur d'ordre. Mais il faut noter que cette clause peut être source de litige¹³⁹.

Le montant maximum de la garantie ainsi que la monnaie de paiement doivent être expressément indiqués dans le texte de la garantie¹⁴⁰, étant donné que la garantie implique nécessairement le paiement d'une somme d'argent (art. 2 (a), RUG). Le contrat de garantie peut comporter une clause de réduction proportionnelle du montant suivant le niveau d'exécution du marché, à condition que les conditions de cette réduction soient clairement définies dans le texte de garantie.

La garantie ayant son existence propre, la cession des droits liés au contrat de base n'entraîne pas *ipso facto* celle du bénéfice de la garantie¹⁴¹. Il semble, toutefois, que le principe de l'indépendance de la garantie ne puisse faire obstacle à celui de l'autonomie de la volonté des parties. Il est bien entendu que, lorsque le bénéficiaire est expressément désigné dans la lettre de

¹³⁹ La Cour de Paris (3^e Chambre, 2 avril 1987, *D.* 1988, *Somm.* 248, obs. M. VASSEUR), en revenant sur une décision antérieurement rendue (Cour de Paris, 15^e Chambre, 22 novembre 1985, *D.* 1986, *IR.* 155, obs. VASSEUR), a jugé que « prorogez ou payez » ne constitue qu'une demande de maintien de la garantie et non un appel ferme de sa mise en jeu (*cf.* M. VASSEUR, *loc. cit.*, note 18, 381). Il s'en suit que si le bénéficiaire ne fait pas usage de cette clause dans le délai de validité de la garantie, le refus de proroger de la banque rendra la garantie caduque.

¹⁴⁰ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, pp. 52 et 95; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 101.

¹⁴¹ Voir le principe de l'incessibilité de la garantie, RUG, art. 4 : « [l]e droit du Bénéficiaire de présenter une demande au titre d'une Garantie n'est pas transférable, sauf stipulation expresse dans la Garantie ou dans un amendement à celle-ci ». L'article ajoute que cette interdiction n'affectera pas « le droit du Bénéficiaire de transférer tout montant auquel il aurait droit ou viendrait à avoir droit en vertu de la Garantie ».

garantie, personne d'autre que lui ne peut se prévaloir du droit d'appeler la garantie; c'est à lui que le donneur d'ordre fait confiance¹⁴². Mais la cession sera possible si le nom du bénéficiaire n'est pas mentionné ou si le contrat de garantie le prévoit¹⁴³.

En ce qui concerne les conditions de l'appel de la garantie, elles constituent la partie principale ou « le dispositif » du contrat de garantie¹⁴⁴. Elles permettent de distinguer entre les garanties à haut risque et celles à faible risque¹⁴⁵. D'une manière générale, les garanties bancaires « à première demande », encore qualifiées d'« inconditionnelles » ou d'« automatiques », peuvent être considérées « à haut risque » : on les appelle les « garanties suicidaires »¹⁴⁶. Mais cela dépend de leur formulation. Les clauses suivantes sont dangereuses, parce qu'elles laissent la porte ouverte aux abus :

à première demande [...], à première réquisition [...], à simple demande [...] nous nous engageons à vous payer, indépendamment de la validité et des effets juridiques du contrat [de base] [...]

[...] à première réquisition de votre part et sans faire valoir d'exception ni d'objection résultant dudit contrat [...]

[...] à première demande, sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit [...]

[...] dès réception de la première demande écrite sans que son exactitude ou inexactitude soit justifiée et sans qu'il y ait besoin de sommation ou de démarches officielles, administratives, judiciaires ni preuve quelconque.¹⁴⁷

We [...] Bank do hereby bid ourselves formally, firmly, irrevocably and unconditionally to pay the amount not exceeding the sum of US [...] (amount in words) against your first written demand and this notwith-

¹⁴² En France et en Belgique, la jurisprudence a exclu qu'un avocat non muni d'un mandat spécial puisse procéder à l'appel de la garantie au nom de son client-bénéficiaire (Trib. Com. Bruxelles, 7 novembre 1988, *D.* 1989, *Somm.* 148, obs. M. VASSEUR; jurisprudence citée par M. VASSEUR, *loc. cit.*, note 18, 379.

¹⁴³ Cf. J. DOHM, *op. cit.*, note 1, pp. 98 et 99; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 132; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 105.

¹⁴⁴ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 52.

¹⁴⁵ A. PIERCE, *op. cit.*, note 97, pp. 41-79.

¹⁴⁶ N. HORN et E. WYMEERSCH, *op. cit.*, note 6, p. 8.

¹⁴⁷ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 41.

*standing any objection of whatever nature by the Seller or any other authorities and without necessity of any legal or judicial proceeding.*¹⁴⁸

Outre les conditions d'appel, les clauses dangereuses peuvent aussi être liées à la durée de validité de la garantie. En voici quelques exemples :

This Guarantee has to be returned to us as soon as all obligations provided in the Contract are fulfilled by the Seller or until it is actually returned to us or until you approve the cancellation;

This Guarantee is valid until [...] and cannot be cancelled during its validity without your written consent;

*This Guarantee shall be valid until [...] (date scheduled for Completion of Contract), and shall, before expiry, be automatically renewed until the Final Acceptance Certificate has been issued or until advised by the Finance Department that the Contract has been fulfilled.*¹⁴⁹

Dans la dernière clause, le risque est d'autant plus grand qu'il est stipulé que la garantie est automatiquement renouvelable jusqu'à la délivrance d'un *satisfecit* par le gouvernement du pays du bénéficiaire. Les exportateurs ne doivent jamais accepter de telles clauses aux conditions aléatoires.

Il est possible de limiter les risques d'appel abusif de la garantie à première demande en recourant à une stipulation proche de la garantie documentaire sans pour autant en imposer toutes les conditions¹⁵⁰. En ce qui concerne les documents devant accompagner la garantie à première demande, l'article 20(a) autorise, il est vrai, « tous autres documents que peut spécifier la garantie », sans autres précisions. Mais il ne faut pas donner à ces documents la même importance que dans le cas d'un crédit documentaire. Suivant l'article 20(a)(i), la demande de paiement de la garantie doit être accompagnée d'une déclaration écrite stipulant « que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations selon le contrat de base » et en quoi il a manqué à ses obligations.

¹⁴⁸ A. PIERCE, *op. cit.*, note 97, p. 56.

¹⁴⁹ *Id.*, pp. 54-56.

¹⁵⁰ La garantie documentaire rappelons-le, est d'ailleurs dépourvue de la clause « à première demande » (T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, pp. 129 et 130); elle a donné la preuve de son inefficacité, en témoigne l'échec des Règles uniformes de la C.C.I. pour les garanties contractuelles, publiées en 1978; sur ce point, voir M. VASSEUR, *loc. cit.*, note 18, 386.

Même si la possibilité d'exiger d'autres documents est ouverte par les RUG, les partenaires commerciaux n'y recourent pas systématiquement. La Banque nationale du Canada, par exemple, se contente d'une simple déclaration écrite.

Mais si l'appel de la garantie est laissé à la seule discrétion du bénéficiaire, faisant foi à une simple déclaration, il est à craindre des abus. Ce risque serait minimisé si la mise en jeu de la garantie dépendait au moins de la production d'un certificat par un tiers indépendant constatant le défaut du donneur d'ordre. Il est donc important de trouver une formulation entre la position extrême de la garantie documentaire et celle laxiste de la garantie inconditionnelle. Pierce en propose un modèle :

THIS BOND shall be irrecoverable and payable to the Employer [bénéficiaire] on demand without any need for notarial or judicial proceedings, subject only to the payment condition stipulated below.

PAYMENT herein shall be made by the Sureties [banque garante, dans notre cas] to the Employer upon receipt by the Sureties of a written demand from the Employer stating, firstly, that the Contractor [donneur d'ordre] is in default of his obligations under the Contract and, secondly, a description of the nature of such default and a certificate in writing from the Engineer appointed in relation to the Contract confirming the statements of the Employer in his demand with respect to the default of the Contractor. The liability of the Sureties hereunder shall cease upon receipt by the Sureties of a copy of the Certificate of Completion issued by the said Engineer and thereafter this Bond shall not be valid for any purpose whatsoever and shall be returned to the Sureties.

Si tant est que l'appel de la garantie doit être conditionnel¹⁵¹, cet appel ne doit tout de même pas être entouré d'un formalisme exagéré. La garantie ne peut pas imposer au bénéficiaire d'apporter la preuve que le donneur d'ordre n'a pas exécuté ses obligations; il ne faut pas perdre de vue qu'elle est payable « à première demande ». Ainsi, lorsqu'on dit que le bénéficiaire doit présenter des documents avant d'être payé, il ne faut pas voir là le genre de documents exigés dans le cadre d'un crédit documen-

¹⁵¹ B.V. McCULLOUGH (*op. cit.*, note 20, p. 1-150) fait remarquer, par exemple, que l'appel de la garantie doit être fait par écrit, sinon la garantie ne serait pas couverte par les RUG.

taire¹⁵². Hormis les cas de garantie documentaire, la plupart des garanties sont payables sur simple déclaration écrite du bénéficiaire. L'article 2 des RUG précise que le terme « écrit » inclut une télétransmission authentifiée ou un message contrôlé d'échange de données informatisées (E.D.I.) équivalent.

Outre la forme écrite de l'appel, le texte de garantie peut comporter une clause de « réalisation effective » du cas de garantie. Dans l'exemple de Pierce précité, le donneur d'ordre et le bénéficiaire se sont entendus sur la désignation d'un expert, lequel doit constater l'effectivité du défaut de l'exportateur. Mais le bénéficiaire n'a pas à produire un acte judiciaire ou notarié¹⁵³. De son côté, pour prouver la bonne exécution de ses obligations, le donneur d'ordre doit produire un certificat de bonne fin délivré par l'expert désigné. Il ne semble pas, dans cet exemple, que l'indépendance de la garantie soit compromise.

Par contre, Dohm¹⁵⁴ et Logoz¹⁵⁵ relèvent des clauses ambiguës qui ne respectent pas le caractère indépendant de la garantie. Ainsi, des stipulations telles que « paiement à première demande, si le dommage se produit » ou « paiement à première demande, si le vendeur n'exécute pas son obligation de livrer », doivent être évitées. Si elles sont introduites dans le contrat, elles n'édicteront aucune obligation de preuve à la charge du bénéficiaire ou de la banque. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de Paris¹⁵⁶, les banques se sont engagées à payer la garantie « à la première demande justifiée que le donneur d'ordre n'avait pas exécuté ses engagements conformément aux contrats ». La Cour a jugé en l'espèce que le bénéficiaire est juste tenu d'identifier les obligations que le donneur d'ordre n'a pas exécutées, mais qu'il n'a pas à démontrer les manquements dont il se prévaut¹⁵⁷. Il vaut mieux donc que les parties s'entendent sur des conditions

¹⁵² Certains juges américains tiennent beaucoup à la notion de document comme critère de distinction entre le crédit documentaire et la garantie. Sur ce point, voir John F. DOLAN, *The Law of Letters of Credit : Commercial and Standby Credits*, Boston, New York, Warren, Gorham and Lamont, 1991, pp. 2-54 et 2-55.

¹⁵³ Voir A. PIERCE, *op. cit.*, note 97, p. 50.

¹⁵⁴ J. DOHM, *op. cit.*, note 1, p. 103.

¹⁵⁵ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 108.

¹⁵⁶ Paris, 24 novembre 1981, *D.* 1982. *J.* 296, note M. VASSEUR.

¹⁵⁷ Voir M. VASSEUR, *loc. cit.*, note 18, 364.

claires de mise en oeuvre de la garantie¹⁵⁸. Cela dépend, évidemment, de la forme de garantie choisie; le degré de lien établi entre le contrat de garantie et le contrat de base ne sera pas le même selon qu'il s'agit d'une garantie à première demande classique, d'une garantie subordonnée, d'une garantie justifiée ou d'une garantie documentaire.

Enfin, au titre du contrat de garantie, il est important de noter que la garantie doit être rattachée à une loi, indépendamment de ce qui a été prévu dans le contrat de base¹⁵⁹. Il est un fait que le donneur d'ordre et le bénéficiaire doivent s'entendre, dès la signature du contrat qui les lie, sur la loi applicable à la garantie. Mais un tel choix ne vaut que dans la mesure où il figure dans le texte même de la garantie¹⁶⁰. Comme nous l'avons souligné au niveau du contrat de base, la loi applicable à la garantie, en l'absence d'élection de droit, est généralement celle du lieu d'établissement du garant (la *lex bancae*), présumé prestataire de l'obligation principale¹⁶¹. Mais c'est aux parties (le garant et le bénéficiaire, avec l'accord du donneur d'ordre) qu'il appartient en premier lieu de soumettre tout litige éventuel lié à la garantie à telle ou telle loi.

Il existe une tendance doctrinale qui plaide en faveur d'une même loi pour l'ensemble des contrats de garantie¹⁶². Mais, pour Pelichet, une loi unique qui couvrirait l'ensemble des relations socio-économiques en matière de garanties bancaires est « un voeu pieux »¹⁶³. La présomption en faveur de la loi du garant peut être renversée par le juge ou l'arbitre. L'article 4, alinéa 5 de la

¹⁵⁸ F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 109.

¹⁵⁹ T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, pp. 193 et 194.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 194; F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 289; M. PELICHET, *op. cit.*, note 64, p. 342.

¹⁶¹ Art. 4, al. 1 et 2 de la Convention de Rome; art. 117, al. 3 du code de DIP suisse; paragraphe 28, al. 2 du Code civil allemand; Jean-Pierre MATTOU, *Droit bancaire international : la loi applicable, les opérations internationales de crédit*, Paris, La revue Banque éditeur, 1987, p. 262; M. PELICHET, *op. cit.*, note 64, pp. 338 et 341; T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 195.

¹⁶² Cf. T. ROSSI, *op. cit.*, note 2, p. 225; Nielsen et Pouillet veulent soumettre les relations entre les banques à la loi du garant de premier rang, alors que Horn, Gavalda et Stoufflet demandent qu'on les soumette à la loi du contregarant; sur la position de ces auteurs, voir F. LOGOZ, *op. cit.*, note 23, p. 301.

¹⁶³ M. PELICHET, *op. cit.*, note 64, p. 346.

Convention de Rome dispose que cette présomption s'annule « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »¹⁶⁴. La meilleure façon pour les parties de se mettre à l'abri de ces aléas juridiques est de choisir elles-mêmes leur loi.

*

* * *

En somme, les garanties bancaires en général et la garantie « à première demande » en particulier jouent un rôle très important dans la sécurisation du marché international des biens et services. Leur apparition dans le commerce international répond à un besoin de flexibilité que ni le cautionnement ni les sûretés réelles ne pouvaient satisfaire. Formulée « à première demande », la garantie fonctionne de façon quasi automatique. Bien que les RUG aient reconnu la possibilité de soumettre son appel à la production de documents, la pratique bancaire a simplifié les formalités de mise en œuvre de cette garantie au point de les réduire à une simple déclaration écrite du bénéficiaire.

Il est vrai qu'après un quart de siècle de réflexion sur cet instrument la doctrine et la jurisprudence ne sont pas encore arrivées à en cerner la nature juridique par rapport à d'autres sûretés voisines, ce qui favorise l'emploi de concepts hybrides comme « cautionnement à première demande » (en Allemagne) et « cautionnement de soumission » (au Canada). Mais la controverse autour du régime juridique de la garantie n'a d'intérêt que sur le plan théorique. Dans la pratique, les partenaires commerciaux traitent sur une base consensuelle : la garantie « à première demande », pour eux, est un engagement dont la formulation est généralement proposée par les banques. Exportateurs, importateurs et banquiers sont plus intéressés à connaître les clauses dangereuses qu'ils doivent éviter et les clauses essentielles qu'ils doivent insérer dans le texte de cet engagement, qu'à savoir si la garantie est un contrat ou une déclaration unilatérale de volonté; mais pour les théoriciens, c'est plutôt le contraire.

¹⁶⁴ Voir les exemples donnés par le professeur Bonelli à ce sujet (*cf., id.*, p. 347).

Cet article ne prétend pas avoir répondu aux interrogations des uns et des autres. Il n'a fait que la synthèse des problèmes soulevés par les universitaires et qui ont un certain intérêt pour les commerçants. On pouvait ainsi constater que la première partie de l'article est d'ordre académique et que la seconde partie est plutôt d'ordre pratique. Enfin, notons que les problèmes juridiques que suscite la garantie « à première demande » seront d'un autre ordre lorsqu'on les situera dans le cadre des nouvelles technologies de l'information et de la communication. Comme nous l'avons souligné précédemment, il est possible d'envisager, dans un proche avenir, l'émission de la garantie, son amendement ainsi que son appel par l'Internet. Cette phase de développement de la pratique de la garantie sera peut-être l'occasion de transcender les controverses juridiques traditionnelles.

Bibliographie

- AFFAKI, Bachir Georges, « Les garanties indépendantes sont-elles encore "indépendantes"? Leçons de la crise du Golfe », (janvier-février 1994) 33 *Banque & Droit* 4 et suiv.
- DAUPHIN (Le), Henri, Rapport sous Cass. com., 13 déc. 1994, *D.* 1995. *J.* 209.
- DOHM, Jürgen, *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Berne, Éditions Staempfli & Cie SA, 1986.
- DOLAN, John, F., *The Law of Letters of Credit : Commercial and Standby Credits*, Boston, New York, Warren, Gorham and Lamont, 1991.
- DUCA (Del), Louis F., « Pitfalls of "Boiler Plating" Letters of Credit », dans William C. HILLMAN, *Letters of Credit: Current Thinking in America*, Butterworths, 1987, pp. 59-65.
- FRANKE, Paul R., « Enjoining the "Suicide" Letter of Credit : *KMW International v. Chase Manhattan Bank* », (1980) 17 *Willamette Law Review* 253-262.
- GRELON, Bernard et Thierry DAL FARRA, « Le sort des garanties financières en cas d'embargo : l'apport de la réglementation de l'embargo contre l'Irak », (mai-juin 1994) 43 *Revue de Droit bancaire* 99 et suiv.

- HORN, Norbert et Eddy WYMEERSCH, *Bank-Guarantees, Standby Letters of Credit and Performance Bonds in International Trade*, Boston, Kluwer and Taxation Publishers, Deventer, 1990.
- JACK, Raymond, *Documentary Credits : the law and practice of documentary credits including standby credits and demand guarantees*, London, Dublin, Edinburg, Butterworths, 1993.
- KIMBALL, George et Barry A. SANDERS, « Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letters of Credit — Lessons from Iran », (févr. 1984) 39 *The Business Lawyer* 417-440.
- LOGOZ, François, *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Étude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, Genève, Librairie Droz, 1991.
- MATTOUT, Jean-Pierre, *Droit bancaire international : la loi applicable, les opérations internationales de crédit*, Paris, La revue Banque éditeur, 1987.
- McCULLOUGH, Burton V., *Letters of Credit : 1995 Uniform Commercial Code, revised article 5*, Release n° 15, New York, Matthew Bender, April 1996.
- McGUINNESS, Kevin Patrick, *The Law Guarantee : A Treaty on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*, Toronto, Calgary, Vancouver, Carswell, 1986.
- MONGBÈ, Gérard, *La loi applicable à la garantie bancaire*, Mémoire de maîtrise, Québec, Université Laval, 1996.
- PELICHET, Michel, « Garanties bancaires et conflits de lois », (1990) 3 *RDAl/IBJL* 335-354.
- PIERCE, Anthony, *Demand Guarantees in International Trade*, London, Sweet & Maxwell, 1993.
- PRUM, André, *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, Paris, Litec, 1994.
- RIGGS, John, « La lettre de crédit 'standby' en tant que garantie bancaire aux États-Unis », (1990) 3 *RDAl/IBLJ* 393-400.
- ROSSI, Tuto, *La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, Le Mont-sur-Lausanne, Méta-éditions, 1990.

VASSEUR, Michel, « Dix ans de jurisprudence française relative aux garanties indépendantes. Présentation des projets de la C.C.I et de la C.N.U.D.C.I. », (1990) 3 *RDAI/IBLJ* 357-392.

WUNNICKE, Brooke et Diane B. WUNNICKE, *Standby Letters of Credit*, New York, Toronto, Wiley Law Publications, 1989.