

UNIVERSITE DE DIJON

Faculté de Droit et de Science Politique

3

**LES SÛRETES PERSONNELLES  
NON ACCESSOIRE S**

**EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT COMPARÉ**

par

**PASCAL ANCEL**

**Maître-assistant à la Faculté de Droit**

**Thèse pour le doctorat de troisième cycle**

soutenue le 12 novembre 1981

Jury : MM. Jean-Bernard BLAISE, professeur  
Gérard COUTURIER, professeur  
Jean. STOUFFLET, professeur



INTRODUCTION (1-8)	1
PREMIERE PARTIE - LES DIFFERENTES SURETES PERSONNELLES NON ACCESSOIRES (9-148)	9
TITRE PREMIER - Les suretés où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette	16
CHAPITRE I - L'assurance des créances (15-30)	17
Section I - L'assurance-cautionnement souscrite par le débiteur (18-21)	18
Section II - L'assurance-crédit souscrite par le créancier (22-30)	21
§1 - Le caractère non accessoire de l'obligation de l'assureur (23-28)	22
A- Le principe (24)	22
B- Conséquences pratiques (25-27)	23
a/ assurance-crédit interne (26)	23
b/ assurance-crédit internationale (27-28)	24
§2 - Les incidences du caractère non accessoire sur la contribution à la dette (29-30)	26
CHAPITRE II - La garantie indemnitaire (31- 78bis)	28
Section I - Le principe de la garantie indemnitaire (32-57)	28
§1 - La garantie indemnitaire en droit comparé (33-46)	28
A- Le "Garantievertrag" en droit allemand (34-38)	29
B- La garantie indemnitaire dans les autres droits européens (39-44)	32
a/ la garantie en droit suisse (40-41)"	33
b/ la garantie en droit anglais (42-44)	34
C- Le projet d'harmonisation européenne (45-46)	36
§2 - La garantie indemnitaire en droit français (47-57)	37
A- Garantie indemnitaire et obligation de garantie dans les contrats (48-50)	38
B- Garantie indemnitaire et promesse de porte-fort (51-57)	39
a/ promesse de porte-fort et garantie d'une prestation (52-54)	39
b/ l'utilisation de la promesse de porte-fort comme sureté (55-57)	42
SectionII - Les applications pratiques de la garantie indemnitaire (58-78bis)	44

§1- Les utilisations directes de la garantie (59-70)	45
A- La garantie d'une obligation menacée d'annulation (61-66)	46
a/ droit comparé (62-63)	47
b/ droit français (64-66)	48
B- La garantie d'une obligation menacée d'extinction (67-70)	50
§2- Les suretés apparentées à la garantie indemnitaire (71-78bis)	53
A- Le ducroire du commissionnaire (72-76)	53
B- Le ducroire de banque (77-78bis)	56

TITRE SECOND - Les suretés où l'absence de caractère accessoire n'affecte pas la contribution à la dette (79-148) 58

CHAPITRE I - La délégation et les mécanismes apparentés (80-118) 60

Section I - Le schéma de base : la délégation (83-95) 61

§1- Les formes nationales de la délégation (84-91) 62

  A- La délégation en droit français (84-87) 62

  B- La délégation en droit comparé (88-91) 65

    a/ le droits germaniques (89-90) 65

    b/ le droit italien (91) 67

§2- La portée du caractère non accessoire de la délégation (92-95) 67

Section II- Les opérations juridiques apparentées à la délégation (96-118) 70

§1- La lettre de change (97-101) 71

§2- Le crédit documentaire (102-111) 76

  A- L'obligation du banquier envers le bénéficiaire(104-108) 79

    a/ le principe de l'inopposabilité des exceptions (105-107) 79

    b/ le fondement de l'inopposabilité (108) 81

  B- Les recours du banquier (109-111) 82

    a/ les recours du banquier contre le donneur d'ordre (110) 83

    b/ les recours contre le bénéficiaire (111) 83

§3- Les cartes de crédit (112-118) 85

  A- Fonctionnement de la garantie (114-115) 87

  B- Nature juridique (116-118) 88

CHAPITRE II - Les suretés non accessoires dérivées du cautionnement (119-148) 90

Section I - Les formes cambiales du cautionnement (120-127) 92

§1- L'aval (121-124) 92

§2- Le cautionnement cambial par un signataire quelconque de l'effet (125-127) 95

Section II - Les garanties bancaires indépendantes (128-135)	97
§1- Présentation générale des garanties (129-135bis)	98
A- Les garanties dans le commerce international(130-134)	98
a/ typologie des garanties en fonction de leur objet (131)	99
b/ typologie des garanties en fonction de leurs conditions de mise en oeuvre (132-134)	100
B- Les garanties dans les relations juridiques internes (135-135bis)	103
§2- Place des garanties bancaires indépendantes dans les suretés personnelles non accessoires (136-148)	105
A- Les garanties bancaires indépendantes, suretés où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette (137-140)	106
B- Les garanties bancaires indépendantes, variantes du cautionnement (141-148)	109
a/ droit français (142-146)	110
b/ droit comparé (147-148)	115
DEUXIEME PARTIE - MECANISME GENERAL DES SURETES PERSONNELLES NON ACCESSOIRES (150-249)	119
TITRE PREMIER - La structure des suretés personnelles non accessoires (151-184)	120
CHAPITRE I - Les cadres de la sureté (152-159)	121
Section I - Les rapports entre le créancier et le débiteur (153-155)	121
Section II- Les rapports entre le débiteur et le garant( 156-159)	123
CHAPITRE II - Le contrat générateur de la sureté (160-184)	126
Section I - L'objet du contrat (162-166)	127
A- Lien de l'objet de l'obligation du garant et de l'obligation principale (163-165)	128
B- Nature de la prestation due par le garant (166)	130
Section II- La cause du contrat (167-184)	131
§1- Préliminaires (169_176)	132
A- La notion de cause (169-172)	132
B- La notion d'acte abstrait (173-176)	136
§2- Propositions : la cause des suretés personnelles non accessoires (177-184)	140
A- Détermination de la cause (178-182)	141
a/ la cause et les relations débiteur-garant( 179-180bis)	141
b/ la cause et les relations débiteur-créancier	145

B- Le role de la cause dans les suretés personnelles non accessoires (183-184)	147
TITRE SECOND - Le fonctionnement des suretés personnelles non accessoires (184bis- 249)	150
CHAPITRE I - L'obligation à la dette : l'action du créancier contre le garant (185-222bis)	150
Section I - L'inopposabilité des exceptions, conséquence de l'extension du risque garanti (186-196)	150
§1- Exceptions relatives à la naissance de l'obligation du débiteur(188-192bis)	152
A- Absence initiale de l'obligation principale (189)	152
B- Nullité de l'obligation principale (190-192bis)	153
§2- Exceptions relatives à l'existence postérieure de l'obligation principale (193-196)	156
A- Evénements entraînant la satisfaction du créancier (193bis)	153
B- Evénements qui n'entraînent pas la satisfaction du créancier (194-196)	
a/ modification de l'obligation principale (195)	157
b/ extinction de l'obligation principale (196)	157
Section II- L'inopposabilité des exceptions, moyen de faciliter la mise en oeuvre de la garantie (197-222bis)	159
§1- L'étendue de l'inopposabilité (198-209)	160
A- Suretés documentaires (199-201)	160
B- Suretés non documentaires (202-209)	162
a/ exceptions tenant à la validité de l'obligation principale (203-204)	163
b/ exceptions tenant à l'extinction de l'obligation principale (205-209)	164
§2- Les correctifs à l'inopposabilité (210-222bis)	167
A- Le refus d'exécution opposé par le garant (212-219)	168
a/ le modèle du droit cambiaire (213-214)	168
b/ les solutions applicables aux suretés personnelles non accessoires (215-219)	170
B- L'interdiction d'exécuter émanant du donneur d'ordre (220-222bis)	174
a/ l'interdiction directe (221)	
b/ l'interdiction indirecte : la saisie-arrêt (222-222bis)	176
CHAPITRE II - La contribution à la dette : les recours (224-249)	178
Section I - Le recours contre le débiteur ( 225-240)	178
§1- Le recours subrogatoire (226-232)	179

A- Suretés où le caractère non accessoire affecte la contribution à la dette (227-228)	179
B- Suretés où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette (229-232)	
a/ principe de la subrogation (230-231)	180
b/ exercice de la subrogation (232)	182
§2- Le recours personnel (233-240)	183
A- Le recours contre le débiteur tenu de la prestation garantie (234-236)	
a/ recours contractuel (235)	183
b/ recours extracontractuel (236)	184
B- Le recours contre le débiteur non tenu de la prestation garantie (237-240)	185
SectionII - Le recours contre le bénéficiaire ( 241-249)	188
§1- Le recours contre le bénéficiaire en cas d'absence d'action contre le débiteur (243-245)	189
§2- Le recours contre le bénéficiaire en cas d'insolvabilité du débiteur (246-249)	192
CONCLUSION (250-25I)	195

## I N T R O D U C T I O N

- 1 - Le droit des sûretés en général, et des sûretés personnelles en particulier, a été jusqu'à une période récente, en dépit de son importance pratique, fort négligé par la doctrine française.(1) Parmi les sûretés personnelles - celles qui résultent de l'engagement d'un tiers à côté du débiteur principal - la seule technique étudiée par les juristes, sinon la seule connue, a été pendant longtemps le cautionnement. Encore ce contrat n'avait-il fait lui-même l'objet que d'un nombre d'études assez limité (2), compte tenu de la fréquence de son utilisation et de l'abondance de la jurisprudence à laquelle il a toujours donné lieu.

La pauvreté du droit français dans ce domaine apparaissait d'une manière particulièrement nette, il y a encore trois ou quatre ans, si on le comparait avec les autres systèmes juridiques européens notamment avec les droits germaniques qui connaissent depuis longtemps une grande variété de

-oooOooo-

- (1) cf. M. Cabrillac, préface à la thèse de C. Mouly, les causes d'extinction du cautionnement,  
(2) avant la thèse de C. Mouly, précitée, on ne peut guère relever que les ouvrages de P. A Sigalas, le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire, thèse dact. Aix 1959 ; B. Geisenberger, L'aval des effets de commerce LGDJ, 1954 ; J.P. Wattiez, le cautionnement bancaire, Sirey, 1964 - sur le cautionnement en général on consultera surtout : P. Simler, Jcl Civil art. 2011 à 2039, 5 fascicules 1973, 1974 ; P. Jestaz, Enc. Dalloz Droit civil, 2ème ed. Vè Cautionnement, 1970.

sûretés personnelles en plus du cautionnement(1). Les juristes étrangers, d'ailleurs, ne se faisaient pas faute de nous reprocher notre manque d'imagination en ce domaine(2).

2 - La situation est peut-être en train de changer en droit français. Etroitement lié au phénomène économique du crédit, le droit des sûretés est aujourd'hui en pleine évolution. Cette évolution a d'abord touché les sûretés réelles, notamment avec l'apparition de multiples sûretés mobilières sans dépossession ou, plus récemment, avec la renaissance de l'utilisation du droit de propriété comme sûreté (3). Cependant, malgré la consécration récente par le législateur français de la clause de réserve de propriété, on peut dire que les sûretés réelles sont aujourd'hui en crise, en raison surtout de l'affaiblissement des droits des créanciers munis de sûretés dans les procédures collectives de règlement du passif(4). C'est pourquoi on note aujourd'hui un spectaculaire renouveau d'intérêt de la pratique - et, en conséquence, des universitaires - pour les sûretés personnelles. Si elles confèrent a priori une sécurité moindre au créancier, ces sûretés sont en revanche beaucoup plus souples que les sûretés réelles, et elles sont surtout moins affectées par la faillite du débiteur. De ce renouveau, le premier signe est bien sûr la vitalité prodigieuse du cautionnement(5) vieille institution que l'on avait un moment jugée en déclin(6). Mais il faut également noter, l'apparition, à côté du cautionnement de nouveaux mécanismes de garantie personnelle, nés de la pratique et qui trouvent le plus souvent leur origine à l'étranger.

On peut ainsi citer les "lettres d'intention" par lesquelles une société mère couvre, d'une manière plus ou moins précise, les engagements de sa filiale . Les juristes français ont aussi découvert depuis quelques années les garanties bancaires dites "indépendantes" ou à première demande ";

-oooOooo-

- (1) Pour une première approche du droit comparé, voir le compte rendu de l'enquête effective par le Max Planck Institut de Hambourg sur "le cautionnement dans le droit des Etats membres des Communautés européennes" Travaux de la CEE Série concurrence, n° 14 Bruxelles 1974, complété en 1974 par le rapport anglais de TC Hartley
- (2) G. Portale, le operazioni bancari, tII, Milano, 1978 p. 1044s, cité par Kleiner, Bankgarantie, 3ème ed, Zürich, 1979
- (3) cf Witz, la fiducie en droit privé français
- (4) voir l'article au titre significatif de L. Martin, Sûretés traquées, crédit détaqué Banque, 1975 n° 346 p. 1133
- (5) voir B Bouloc, la jurisprudence récente en matière de cautionnement, journal des Agrésés, 1978, p. 241
- (6) J. Flour, Cours de droit civil, licence, 1965-1966, les cours de droit, p. 104



qui sont surtout utilisées dans les relations commerciales internationales pour garantir les engagements des exportateurs ou entrepreneurs européens envers leurs cocontractants étrangers.(1)

3 - La doctrine s'est tout particulièrement intéressée à ce dernier mécanisme parce qu'il est a priori très différent d'un cautionnement. A la différence d'une caution, la banque garante s'engage à payer le bénéficiaire de la garantie dès que celui-ci le lui demande, sans pouvoir soulever aucune exception tenant au contrat principal passé entre ce bénéficiaire et le débiteur. La banque assume donc une obligation indépendante, non accessoire de celle du débiteur principal.

Il faut d'emblée préciser ce que l'on entend ici par "accessoire"<sup>(2)</sup>. Ce terme est souvent utilisé à propos du cautionnement, mais pas toujours dans son sens exact, parce qu'on confond parfois le caractère "accessoire" et le caractère "subsidaire" de l'engagement de la caution. Ces deux caractères - que l'on retrouve dans tous les droits européens - sont impliqués par la définition que donne du cautionnement l'article 2011 du Code civil : "Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même". La dernière partie de cette définition - la proposition conditionnelle "si le débiteur n'y satisfait pas lui-même" - marque le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution: celle-ci n'est qu'un débiteur de second rang; qui n'est tenu qu'à défaut du débiteur principal auquel le créancier doit d'abord s'adresser pour obtenir le paiement. Cette subsidiarité qui se traduit sur le plan technique, par le bénéfice de discussion reconnu à la caution, est une règle d'ordre strictement procédural; elle n'est pas, au moins en droit français, de l'essence du cautionnement puisque la caution peut renoncer au bénéfice de discussion ou accepter de s'engager solidairement avec le débiteur. Le caractère accessoire est, en revanche, un caractère essentiel de l'obligation de la caution; c'est une règle de fond qui s'exprime dans la proposition principale de l'article 2011: la caution s'engage à satisfaire à cette obligation" (celle du débiteur principal). Cette proposition marque la dépendance de l'obligation de la caution par rapport à l'obligation principale: s'engageant à satisfaire à l'obligation même du débiteur, la caution ne peut être tenue que si le débiteur l'est lui-même, et aux mêmes conditions que lui. C'est en vertu de ce

-oooOooo-

- (1) voir parmi les premières études publiées en France sur ce sujet: M. Vasseur, note D 1979 J-259; C. Gavalda et J. Stoufflet, La lettre de garantie internationale, Rev. trim de com. 1980, p. 1
- (2) cf. G Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, Etude sur la maxime "Accessorium sequitur principale", LGDJ 1969; cet auteur n'envisage cependant que très incidemment le principe de l'accessoire dans les sûretés.

caractère accessoire qu'il n'y a pas de cautionnement si l'obligation principale est nulle (article 2012 C Civ), que la caution peut en principe opposer toutes les exceptions inhérentes à l'obligation principale ( article 2036 C Civ), que son obligation a en principe la même étendue que celle du débiteur (article 2013 C Civ) etc... Solutions qui vont précisément disparaître dans les garanties bancaires "à première demande", sûretés personnelles non accessoires.

4 -

Cependant, le caractère accessoire étant ainsi défini, on peut s'étonner qu'il existe en droit français tout au moins, des sûretés personnelles non accessoires - et ce n'est pas pour rien que la validité des garanties à première demande a été vivement discutée dans la doctrine française (1) L'expression même de " sûreté non accessoire " paraît, en effet, être un paradoxe. Une sûreté n'est-elle pas par définition même un droit accessoire, dépendant de l'obligation du débiteur ? N'est elle pas destinée à protéger un créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur ?(2) Que devient ce risque s'il n'y a pas de créance à garantir ? Techniquement, ces interrogations vont se traduire sur le terrain de la cause - dont on sait le rôle qu'elle joue dans la formation des actes juridiques en droit français. La créance garantie peut apparaître comme la cause de la constitution de la sûreté : une sûreté non accessoire, détachée de la créance à garantir, devra alors être considérée comme manquant de cause, donc sans valeur juridique.

L'existence de sûretés non accessoires ne paraît a priori concevable que dans les systèmes juridiques qui, à l'instar du droit allemand, admettent la validité des actes abstraits. Ce n'est évidemment pas un hasard si les garanties " à première demande" étaient connues depuis longtemps de la pratique et de la doctrine allemandes, avant d'être introduites en France. Et bien avant le développement des garanties bancaires internationales, du reste, le droit allemand connaissait une sûreté personnelle non accessoire, le "contrat de garantie " (Garantievertrag) que la doctrine distinguait nettement du cautionnement. (3) Mais ces mécanismes ne paraissent pas a priori transposables en droit français.

-oooOooo-

(1) voir par exemple Gavaldà et Stoufflet, art. précité n° 6-12

(2) Mazeaud - de Juglart, leçons de droit civil t 3 vol. 1, Sûretés - Publicité foncière par F. Chabas, n° 2

(3) sur le droit allemand, voir en premier lieu : J. Bärmann et autres, les garanties de crédit en droit allemand, Documentation française, 1978

5 -

En réalité, la dérogation au caractère accessoire n'est pas pour un juriste français aussi surprenante qu'il n'y paraît d'abord - au moins dans le cadre des sûretés personnelles. Les garanties bancaires actuellement pratiquées ne sont pas, à cet égard, un mécanisme complètement original et isolé en droit français.(1) L'étude de ces garanties a servi en quelque sorte, dans la doctrine, de révélateur à d'autres formes d'engagements non accessoires utilisés pour garantir la dette d'autrui, qui existent depuis longtemps en droit français et qui n'ont peut-être pas suffisamment été observés sous cet angle. C'est ainsi qu'au hasard des développements doctrinaux relatifs aux garanties bancaires, on peut relever des rapprochements avec le crédit documentaire irrévocable(2), l'assurance-crédit(3), l'aval des effets de commerce(4), la promesse de porte-fort(5), la délégation(6), etc....

Dans toutes ces figures juridiques, on est en présence d'un engagement qui a pour but, ou qui permet indirectement, de garantir l'exécution d'une obligation d'autrui, et qui, pourtant, est indépendant de cette obligation. Cette indépendance se traduit par l'inopposabilité des exceptions tirées de l'obligation principale.

Il s'agit là de mécanismes parfaitement connus qui sont, soit prévus expressément par la loi, soit nés de la pratique depuis longtemps et dont la validité n'est plus aujourd'hui contestée. Beaucoup ont fait l'objet, isolément, d'études approfondies. Mais, bien que l'on trouve, dans certaines de ces études particulières, des rapprochements instructifs entre ces différents mécanismes, ils n'ont jamais été replacés, d'une manière générale, dans le cadre de la théorie générale des sûretés personnelles.

Notre propos est d'essayer de combler cette lacune, en regroupant, dans une étude synthétique, les diverses sûretés personnelles non accessoires actuellement connues.

-oooOooo-

- (1) M. Vasseur, note précitée au D 1979n° 6
- (2) ibid n° 6 ; Gavalda et Stoufflet, art. précité n° 11
- (3) Van Lier, les garanties dites à première demande ou abstraites, Journal des tribunaux (belge), 1980 p. 345 s n° 2-3 ; Eisemann, Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arbitrage, 1972 p. 379 et s, n° 8
- (4) Poullet, Les garanties contractuelles dans le commerce international DPCI 1979 p387s
- (5) Gavalda-Stoufflet p. 9 note 6
- (6) ibid n° 10

6 -

Bien que cette étude soit principalement axée sur le droit français, il nous a paru indispensable d'y faire une large place au droit comparé. D'une part, nous l'avons dit, le droit français est généralement très en retard en matière de sûretés sur les systèmes juridiques étrangers, et beaucoup de sûretés personnelles non accessoires ont été connues dans d'autres pays d'Europe avant d'être introduites en France. L'étude du droit allemand, à cause de sa prédilection déjà signalée pour les engagements abstraits, est particulièrement riche d'enseignement sur notre sujet ; mais il faudra aussi faire une place, dans nos développements, aux solutions du droit suisse et, dans une moindre mesure, du droit italien ou de la common law britannique. La connaissance de ces différents droits, dans la matière considérée, apparaît d'autant plus utile au juriste français qu'il existe actuellement un projet de directive de la Commission des Communautés européennes tendant à introduire dans les pays membres une forme de garantie non accessoire(1) L'étude des solutions du droit comparé permet donc ici non seulement d'éclairer les sûretés personnelles qui existent actuellement en droit français, mais aussi de comprendre celles qui pourraient y être prochainement introduites.

Une autre raison pour s'intéresser au droit comparé est que, parmi les mécanismes étudiés, nombreux sont ceux qui sont utilisés surtout, voire exclusivement dans les relations commerciales internationales : crédit documentaire, garanties bancaires à première demande, carte de crédit internationale... Ces mécanismes posent des problèmes identiques aux juristes français, belges, allemands, anglais etc... et ces problèmes reçoivent généralement les mêmes solutions d'un pays à l'autre. On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure ces institutions, forgées par la pratique contractuelle internationale sans référence aux différentes législations internes, ne relèvent pas d'abord d'un ordre juridique transnational, d'un droit commun des marchands " autonome" par rapport aux droits étatiques(2) Sans qu'il soit nécessaire de prendre parti sur cette question, il conviendra en tous cas de tenir compte, dans nos développements, à côté des règles propres aux différents droits, des règles communes élaborées par les organismes corporatifs du commerce international. Deux aspects de notre matière ont en effet fait l'objet d'efforts d'unification sous l'égide de la

-oooOooo-

) Projet d'une proposition de directive du Conseil concernant l'harmonisation du droit applicable au cautionnement et à la garantie, 1979, spec. art. 9  
) sur cette question voir : B. Goldman, Frontières du droit et lex mercatoria, Archives de philosophie du droit, t IX, 1964 . P.Kahn, Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux, in, Le Contrat économique international, Bruylant-Pedone, 1975. Il est remarquable que l'un des premiers ouvrages à mettre en évidence ce "droit des marchands" ait été la thèse de M. Stoufflet consacrée au crédit documentaire-engagement non accessoire qui trouve sa place dans notre étude.

chambre de commerce internationale : Il s'agit des Règles et Usances uniformes relatives au crédit documentaire, déjà anciennes, et, plus récemment, des Règles uniformes sur les garanties contractuelles, publiées en 1978.

7

- Ces efforts d'unification attestent suffisamment de l'intérêt pratique de notre sujet, dont certains aspects sont d'une actualité brûlante. Ainsi, les garanties bancaires "à première demande" parce qu'elles mettent souvent le garant et, surtout, le débiteur dans une position inconfortable, suscitent-elles aujourd'hui, en France et à l'étranger, de multiples litiges. Sans doute en raison de l'ambition de notre propos, qui vise à englober toutes les sûretés personnelles non accessoires, nous ne pourrions pas examiner les questions d'ordre pratique avec autant de détails que dans une monographie consacrée à telle ou telle sûreté. Qu'on ne s'étonne pas, en conséquence, de ne pas trouver dans nos développements des "recettes" permettant de résoudre directement les difficultés concrètes qui assaillent les entreprises et les établissements de crédit face aux nouveaux mécanismes de garantie. Nous pensons cependant qu'une réflexion générale, permettant de relever les analogies ou, à l'inverse, les différences existant entre les diverses sûretés non accessoires peut aider à aborder ces difficultés sous un angle nouveau. Ainsi, nous verrons que beaucoup de solutions admises à propos du crédit documentaire peuvent être transposées aux garanties à première demande parce que la limitation du caractère accessoire de l'engagement du garant a la même portée et le même fondement dans l'un et l'autre cas. De même, d'utiles rapprochements pourront être faits, à propos de plusieurs des sûretés considérées, avec la technique cambiaire, ce qui permettra de préciser la règle de l'inopposabilité des exceptions caractéristique des sûretés non accessoires.

On ne peut pas, du reste, séparer en la matière, comme on le fait trop souvent, réflexion théorique et pratique du droit. Ainsi, l'un des principaux intérêts, sur le plan théorique, de l'étude des sûretés personnelles non accessoires est qu'elle permet d'approfondir les notions de cause et d'acte abstrait. Mais le débat suscité par ces notions - que d'aucuns pourraient juger fort éloigné de la pratique contractuelle - se révèle en réalité indispensable pour déterminer, concrètement, l'étendue des droits des bénéficiaires des sûretés non accessoires. On voit ainsi la réflexion théorique se nourrir de l'observation de la pratique, tandis qu'à son tour, la pratique doit tirer profit de cette réflexion.

8- La matière n'ayant pas encore fait l'objet d'une étude d'ensemble, il nous a paru nécessaire d'adopter pour nos développements un plan très simple. Il convient tout d'abord de faire un inventaire des différentes suretés personnelles non accessoires (PREMIERE PARTIE), avant d'essayer, dans une approche synthétique, d'étudier le mécanisme général de ces suretés (DEUXIEME PARTIE).

PREMIERE PARTIE



LES DIFFERENTES SURETES

PERSONNELLES NON ACCESSOIRES .

9 - On peut opérer une classification fondamentale des sûretés personnelles non accessoires à partir d'une distinction, qu'il faut exposer d'emblée, entre l'obligation et la contribution à la dette.(1)

L'obligation à la dette désigne le lien entre le débiteur et le créancier : c'est ce que le débiteur doit payer au créancier ou, si l'on préfère, ce que ce dernier peut exiger du débiteur. La contribution à la dette, c'est la part de la dette dont le débiteur doit supporter définitivement la charge, la répercussion que le paiement doit avoir, juridiquement, sur son patrimoine. Cette distinction n'a pas lieu de jouer, en principe, lorsqu'il existe un lien d'obligation simple entre un débiteur et un créancier : le débiteur doit normalement supporter la charge de ce qu'il paye au créancier tout comme, s'il existe une contrepartie à son engagement, c'est lui qui doit normalement en profiter. Mais supposons maintenant que le débiteur ait agi pour le compte d'un tiers, mais en son propre nom : il va alors repercuter sur ce tiers les profits et les charges de l'opération ; l'obligation à la dette et la contribution à la dette sont alors distinctes. Par exemple un commissionnaire qui s'engage en son propre nom, est tenu directement envers le tiers ; c'est à lui que le tiers va s'adresser dans la commission d'achat pour obtenir le paiement du prix, ou, dans la commission de vente, pour se faire livrer la chose.(2) Le commissionnaire est obligé à la dette. Mais ensuite le commettant devra rembourser au commissionnaire ce qu'il a dû payer (3) : le commissionnaire, ne profitant pas de l'opération, n'a aucune raison d'en supporter définitivement la charge. Il ne contribue pas à la dette.

-oooOooo-

- (1) voir l'exposé de cette distinction en matière de régimes matrimoniaux, a propos du passif de la communauté. in Mazeaud-de Juglart, leçons de droits civil t4 vol 1 4 ème ed 1977 n° 214 Marty et Raynaud; Droit civil. Les régimes matrimoniaux par P. Raynaud, 1978 n° 276
- (2) R. Rodière, Droit commercial, Précis Dalloz, 8 ème ed par R. Rodière et B. Oppetit, n° 179 ; Ripert et Roblot t II, 9 ème ed, 1980, n° 2658
- (3) Rodière et Oppetit n° 177



10 - Cette distinction entre obligation et contribution est un élément fondamental de toute sûreté personnelle. Dans une telle sûreté, il existe deux ou plusieurs débiteurs obligés envers le même créancier mais tous ne contribuent pas à la dette pour la totalité.

Prenons l'exemple du cautionnement, dans lequel la caution s'engage envers le créancier à payer la dette du débiteur principal. Il existe alors, pour la même dette, deux liens d'obligation : entre le créancier et le débiteur, entre le créancier et la caution. Si c'est le débiteur qui paie le créancier, l'affaire s'arrêtera là : il est normal que le débiteur supporte définitivement la charge de la dette, que l'on suppose contractée à son profit. Si en revanche, le créancier s'adresse à la caution, celle-ci sera tenue de payer - elle est obligée à la dette - mais elle aura ensuite un recours contre le débiteur. Sans doute ce recours sera-t-il souvent illusoire, car la **caution peut** se heurter à l'insolvabilité du débiteur - et c'est précisément pour décharger le créancier de ce risque que le cautionnement a été donné. Mais le recours existe toujours en droit : la caution, en effet, ne doit pas juridiquement contribuer à la dette car ce n'est pas elle qui doit tirer profit de l'opération pour laquelle cette dette a été contractée. Si, par exemple, le débiteur a emprunté la somme pour l'achat d'une maison, ce n'est pas la caution qui en deviendra propriétaire même si c'est elle qui est amenée à payer la dette. On dit que la caution n'est pas "intéressée à la dette".

Cela est également vrai, dans une certaine mesure, pour la solidarité : sans doute tous les codébiteurs solidaires sont-ils en principe intéressés à la dette(1) mais ils n'y sont chacun que pour une partie ; c'est pourquoi, s'ils ont été amenés à payer la totalité de la dette au créancier, ils ont un recours contre les autres codébiteurs pour tout ce qui excède leur "part et portion" (article 1213 C Civ). C'est précisément dans cette mesure que la solidarité mérite d'être considérée comme une sûreté personnelle : chaque codébiteur solidaire est débiteur principal pour sa part et garant pour ce qui l'excède.

-oooOooo-

(1) L'article 1216 C Civ, prévoit cependant le cas où "l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires" ; mais dans ce cas les autres codébiteurs non intéressés à la dette "ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions". La seule différence pratique avec le cautionnement est, semble-t-il, que le codébiteur solidaire non intéressé à la dette ne peut pas se prévaloir de l'article 2037 C Civ cf C. Mouly, thèse précitée n° 457 et note 1 ; Simler, Jcl Civil art. 2034-2039 n° 194.

11 - Il n'y a pas véritablement sûreté personnelle, en revanche, si celui qui est engagé aux côtés du débiteur est censé, a priori, supporter juridiquement la charge définitive de la dette. Car alors nous ne sommes plus en présence d'un garant, mais d'un débiteur principal. On prendra à cet égard l'exemple d'un mécanisme bien connu du droit français, celui de l'obligation in solidum. On sait que les coauteurs d'un même dommage, sont en principe tenus chacun, envers la victime, de réparer la totalité de ce dommage. Dans la conception la plus communément admise - et qui fut longtemps incontestée - cette solution s'explique très simplement par l'idée que chaque coauteur a causé la totalité du dommage, et qu'il est donc tenu, ab initio, d'en réparer le tout comme si les autres coauteurs n'existaient pas.(1) L'obligation de chaque coauteur est alors bien entendu, complètement indépendante de celle des autres : peu importe que l'un des coauteurs ne soit pas juridiquement responsable, ou que l'action de la victime contre lui soit paralysé par un quelconque obstacle juridique. L'autre coauteur devra néanmoins indemniser la victime pour la totalité et, faute de recours, en supportera seul la charge.(2) Chaque coauteur obligé in solidum est donc bien tenu à titre non accessoire mais c'est parce qu'il n'est pas seulement un garant : c'est un débiteur principal, intéressé à la dette pour la totalité.(3) Nous ne sommes pas vraiment en présence d'une sûreté.

La contre-épreuve est fournie par certaines solutions divergentes en ce domaine. On sait qu'à partir des années 1950, apparut un certain courant jurisprudentiel favorable à l'idée de causalité partielle : chaque coauteur du dommage ne l'ayant causé qu'en partie, n'en serait responsable

-oooOooo-

- (1) voir l'exposé de cette conception par F. Chabas, L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation, Paris, 1967 ; Remarques sur l'obligation in solidum, Rev.trim dr civ 1967, p. 310 s ; Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal, D 1970 p. 113 ; voir aussi : B. Starck, La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile, Jcp 1970.I. 2239.
- (2) Chabas, art précité D 1970, I A ; voir une application jurisprudentielle dans l'arrêt Gueffier : Civ 2 juillet 1969, JCP 1971.II - 16582.
- (3) dans cette conception il est d'ailleurs difficile d'expliquer que le coauteur qui a payé la victime, ait un recours contre les autres, puisqu'il n'a fait que payer sa propre dette. Le recours est généralement fondé par la doctrine sur des raisons d'équité (cf Chabas, thèse précitée n° 75 s). Cette difficulté est un des principaux arguments des adversaires de la conception classique de l'obligation in solidum : voir par exemple Boré, la causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum, JCP 1971. I. 2369. Le recours entre coobligés in solidum, JCP 1967:I.2126. adde : J. Mestre, La subrogation personnelle, thèse, LGDJ 1979, n° 180-181

qu'en partie.(1) Dans cette conception, approuvée par quelques auteurs(2), l'obligation in solidum doit être maintenue, mais elle n'est plus qu'une garantie accordée à la victime contre le risque d'insolvabilité de certains coauteurs.(3) Nous sommes bien alors en présence d'une sûreté ; chaque coauteur n'est tenu, ab initio, que de réparer une partie du dommage et il ne doit supporter définitivement que cette partie ; ce n'est qu'à l'égard du créancier qu'il est tenu de la totalité des dommages-intérêts. L'obligation in solidum apparaît alors comme un cas particulier de la solidarité de droit commun. Mais - et c'est l'intérêt pratique du débat - on remarquera qu'en devenant un simple garant, le coobligé in solidum devient alors un garant accessoire, du moins pour tout ce qui excède sa part contributive : si l'un des coauteurs, pour une raison quelconque n'est pas juridiquement tenu de réparer le dommage qu'il a causé, les autres, qui n'auraient pas de recours contre lui, verront leur obligation réduite de la part de responsabilité de ce coauteur (et s'il n'existe que deux coauteurs, celui qui est tenu ne le sera que de sa part de responsabilité).(4) Comme l'explique M. Boré, dans cette conception, l'obligation in solidum procure à la victime une garantie contre l'insolvabilité des coauteurs, mais non pas contre l'absence de droit à réparation.(5)

12 - Nous nous limiterons, dans nos développements, aux cas où le garant, bien que tenu de manière non accessoire, ne devient pas pour autant un débiteur principal, c'est à dire qu'il n'est pas tenu en principe d'en supporter définitivement la charge parce qu'il n'est pas intéressé à la dette.

Ce n'est pas dire, cependant, que le caractère non accessoire de l'obligation du garant ne puisse avoir, dans ces hypothèses, aucune incidence sur les principes de contribution à la dette. Le garant non accessoire

-oooOooo-

- (1) courant illustré notamment par les arrêts Lamoricière (Com 19 juin 1951, JCP 1951-II-6426 note Becqué ; D 1951, 717 note Ripert ; S 1952-1-89 note Nerson) ; Houillères du Nord (Civ<sup>2</sup> 13 mars 1957, JCP 1957-II-12728 note Esmein) ; Pilastre (Civ<sup>2</sup> 9 mars 1962, JCP 1962 II 12728 note Esmein) ; Guennet (Soc 13 novembre 1970, JCP 1971-II-16583. On y rattache parfois aussi l'arrêt des Chambres Réunies du 25 novembre 1964 ( D 1964-733 concl. Aydalot) relatif à l'opposabilité de la faute de la victime aux victimes "par ricochet".
- (2) voir notamment les articles de M. Boré, JCP 1967-I-2126 et JCP 1971-I-2369.
- (3) Boré article précité JCP 1971 n° 3
- (4) Les arrêts Pilastre (Civ<sup>2</sup> 9 mars 1962) et Guennet (Soc 13 novembre 1970) avaient à statuer dans de telles hypothèses où la victime n'avait de recours que contre l'un seul des coauteurs.
- (5) Boré art. précité JCP 1971 n° 12.

pouvant être amené à exécuter l'obligation alors que le débiteur principal n'en était pas lui même tenu, on peut se demander qui, dans cette hypothèse, supportera la charge de la dette. Et c'est précisément à partir de cette question que l'on peut, selon nous, établir une distinction fondamentale entre deux grandes catégories de sûretés personnelles non accessoires : celles où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette, et celles où il ne l'affecte pas.

Dans la première catégorie, l'absence de caractère accessoire se traduit non seulement par une extension de l'obligation du garant envers le créancier, mais aussi par la possibilité, pour ce garant, de contribuer juridiquement à la dette. Si le garant est obligé de payer le créancier alors que le débiteur n'était pas ou n'était plus tenu, il n'aura pas de recours contre ce débiteur. C'est alors lui qui, exceptionnellement, devra supporter en droit, la charge de la dette. L'intérêt pour le créancier de ce type de sûretés est qu'il peut être garanti contre des risques qu'une sûreté accessoire (comme le cautionnement) ne permettrait pas de couvrir : le garant peut en effet prendre à sa charge non seulement le risque d'insolvabilité du débiteur, mais aussi le risque d'absence ou de disparition de la créance du bénéficiaire de la garantie.

Il en va tout autrement dans la seconde catégorie de sûretés non accessoires où le garant n'entend - à l'instar d'une caution - prendre à sa charge que le risque d'insolvabilité du débiteur. L'abandon du caractère accessoire, dans ce type de sûretés, a seulement pour but de faciliter la mise en oeuvre de la garantie, en excluant toute cause de retard dans le paiement du créancier. Le garant devra payer sans pouvoir opposer aucune exception tenant au débiteur. Mais cela n'affecte nullement - en droit - la contribution à la dette : le garant n'entend nullement supporter à titre définitif la charge de la dette, et il se ménage dans tous les cas un recours contre le débiteur. Ce sera à celui-ci, s'il n'était pas tenu, de se retourner contre le bénéficiaire de la garantie qui s'est fait payer à tort, alors qu'il n'était pas ou plus créancier. (1)

- 13 - Cette distinction, qui apparaît étroitement liée à la fonction économique des différentes sûretés personnelles non accessoires, commande sur le plan de la technique juridique, la plupart des règles applicables

-oooOooo-

(1) Il en résulte qu'en fait, la contribution à la dette risque de se trouver modifiée dans la mesure où le recours du débiteur contre le bénéficiaire est assez théorique ; mais, en droit, les principes de contribution ne sont pas modifiés et, de toute façon, il faut remarquer que c'est ici le débiteur principal, et non plus le garant, qui risque de supporter la charge définitive de la dette.

à ces sûretés. Ce n'est pas seulement le jeu des recours, mais aussi le contenu et l'étendue de l'obligation du garant envers le créancier qui sont commandés, nous le verrons par l'incidence du caractère non accessoire sur la contribution à la dette. C'est pourquoi la distinction exposée nous semble fondamentale et elle sera au centre de tous nos développements.

Elle commande d'abord, bien sûr, la présentation que nous devons faire, dans cette première partie, des différentes sûretés personnelles non accessoires. Nous étudierons d'abord celles où le caractère non accessoire affecte la contribution à la dette (TITRE PREMIER) puis celles où cette contribution n'est pas modifiée (TITRE SECOND).

TITRE PREMIER

-oooOooo-

LES SURETES OU L'ABSENCE DE CARACTERE ACCESSOIRE

AFFECTE LA CONTRIBUTION A LA DETTE

- 14 - L'incidence du caractère non accessoire de l'engagement du garant sur sa contribution à la dette se trouve illustrée, en droit français, par certaines formes bien connues de l'assurance des créances (CHAPITRE I). Mais elle apparaît surtout avec netteté dans une sûreté connue des autres droits européens : la garantie indemnitaire (CHAPITRE II).

CHAPITRE PREMIER - L'ASSURANCE DES CREANCES.

15 - L'utilisation de l'assurance dans le domaine des opérations de crédit est aujourd'hui très fréquente, en particulier dans le commerce international. Comme l'écrit M. Gavalda, "si le crédit est la chose du banquier, la gestion des garanties de ce risque très diversifié aujourd'hui impliquait plus ou moins inévitablement l'intervention des assureurs"(1)

Cette intervention, qui remonte en France à l'entre-deux guerres, et qui a suscité de délicats problèmes de concurrence avec le secteur bancaire, prend aujourd'hui de multiples formes. Toutes les techniques utilisées ne sont cependant pas également intéressantes pour notre propos.

16 - C'est ainsi qu'on écartera d'emblée l'assurance décès-invalidité qui assortit aujourd'hui la plupart des crédits bancaires consentis aux particuliers. Au moment de la conclusion du contrat, la banque demande généralement à l'emprunteur d'adhérer à une assurance-groupe : en cas de décès ou d'invalidité de l'emprunteur, c'est la compagnie d'assurance qui devra rembourser le montant du crédit restant à courir. Economiquement, cette assurance constitue une sûreté pour le banquier, car il est probable qu'en cas d'invalidité le débiteur aurait des difficultés à rembourser, et, en cas de décès, la solvabilité des héritiers est incertaine. Mais, juridiquement, on ne peut pas ici parler d'une sûreté : en effet, l'assureur, s'il doit rembourser le crédit, n'a aucun recours contre le débiteur invalide ou ses héritiers ; ceux-ci se trouvent libérés par la survenance du risque assuré.(2) Dans ce cas, le créancier n'aura donc qu'un seul débiteur, l'assureur, et c'est lui qui supportera définitivement la charge de la dette, dont il a reçu la contrepartie (aléatoire) sous forme de primes. Sans doute l'assureur assume-t-il alors une obligation non accessoire : il ne peut opposer les exceptions qui appartenaient au débiteur, et d'ailleurs celui-ci n'est, par hypothèse, plus tenu. Mais c'est parce qu'alors l'assureur est débiteur principal de l'indemnité d'assurance, et non pas garant du remboursement du crédit.

-oooOooo-

- (1) C. Gavalda, le renouveau de l'assurance-cautionnement des marchés, garantie des acheteurs dans le commerce international, Melanges Azard, 1980, p. 75 n°1
- (2) cette constatation soulève des difficultés quant à l'analyse juridique de l'opération car on pourrait être tenté de croire que le débiteur est l'assuré alors qu'en réalité c'est le créancier qui est le bénéficiaire direct de l'assurance ; sur cette question voir : Berr et Groutel, note sous Civ.1 5 décembre 1978, D. 1979-J-401

- 17 - La situation est différente dans les cas où l'assurance est destinée à couvrir directement le risque de non exécution de l'obligation du débiteur. C'est ce que l'on peut nommer, au sens large, l'assurance-crédit. En dépit des primes qu'il reçoit, l'assureur a en effet un recours contre le débiteur ; il joue bien le rôle d'un garant et, parfois, d'un garant non accessoire. Il faut, à cet égard, distinguer entre deux formes d'assurance, selon que la police est souscrite par le débiteur (assurance-cautionnement) (Section 1) ou par le créancier dans le cadre de l'assurance-crédit stricto sensu (Section 2).

Section 1 - L'assurance-cautionnement souscrite par le débiteur

- 18 - C'est la forme d'assurance des créances la plus anciennement pratiquée en France. Après bien des vicissitudes, elle est aujourd'hui en plein renouveau .(1)  
L'opération implique deux contrats. Le débiteur, qui doit fournir une garantie à son créancier souscrit une police d'assurance : en contrepartie du paiement des primes, l'assureur accepte de fournir la garantie en s'engageant personnellement envers le créancier, tout en se ménageant un recours contre le débiteur. La garantie suppose un deuxième acte juridique par lequel l'assureur s'engage envers le créancier. A l'origine, cette garantie prenait le plus souvent la forme d'un aval donné au profit du créancier sur les effets de commerce acceptés par le débiteur assuré - d'où le nom "d'assurance-aval".(2) Mais cette garantie peut aussi bien consister dans un contrat de cautionnement au profit du créancier.
- 19 - L'assurance-cautionnement a donné lieu, au lendemain de la seconde guerre mondiale, à un conflit entre les compagnies d'assurance et les banques, ces dernières prétendant que ce type d'engagement relevait exclusivement de l'activité bancaire.(3) Un arbitrage célèbre rendu en 1952 par le conseiller d'état Renaudin donna sur ce

-oooOooo-

- (1) voir C. Gavalda, art. précité.  
(2) sur l'assurance-aval en particulier voir R. Percerou, la nature juridique de l'assurance-crédit - Contrat d'assurance ou contrat de crédit ? Rev. gen. ass. terr. 1970, p. 350 s. spec n° 20-36.  
(3) sur l'ensemble du problème voir : C. Gavalda, l'assurance-crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du secteur des banques et des assurances. Melanges Jauffret, 1974, p.343 s.



point raison aux banques : s'inspirant d'une décision de la cour de cassation de 1950 (1) le conseiller estimait en effet que la prétendue opération d'assurance était en réalité un cautionnement, activité de crédit d'essence bancaire. Un accord professionnel entre banques et assurances entérina cet arbitrage, les compagnies d'assurance conservant néanmoins le droit de fournir des cautionnements en matière douanière.

Cependant, l'article 88 de la loi de finances pour 1953 devait réintroduire une certaine confusion en la matière, car il disposait que "les garanties exigées en vertu de prescriptions légales ou réglementaires sous forme de cautions par les Administrations, les services ou les collectivités publiques et, d'une façon générale pour garantir la bonne exécution de tous engagements peuvent aussi être fournis sous la forme d'une assurance caution."<sup>(2)</sup>

La question est restée en suspens jusqu'à l'entrée en vigueur en 1973, des directives européennes sur la liberté d'établissement. En conséquence de la libération, à l'échelon européen, de l'établissement en matière d'assurance-dommage, les compagnies d'assurance françaises peuvent désormais pratiquer, en France comme dans les autres pays de la CEE, des opérations d'assurance-cautionnement.<sup>(3)</sup> Les assureurs français interviennent désormais en particulier dans le cadre des marchés internationaux pour fournir aux acheteurs ou aux maîtres d'ouvrages étrangers des cautions de soumission, de restitution d'acompte ou de bonne exécution.<sup>(4)</sup>

20 - Cette évolution est, cependant, sans influence sur la nature juridique de l'assurance-cautionnement. La plupart des auteurs estiment toujours, à juste titre, que l'assurance-cautionnement n'est pas juridiquement une opération d'assurance.<sup>(5)</sup> Le fait que les compagnies d'assurance soient aujourd'hui autorisées à pratiquer ce type d'opération ne change rien à cela. La garantie qui est fournie par l'assureur au créancier n'a en effet rien de spécifique par rapport à celle qui pourrait être assumée par

-oooOooo-

- (1) Com 17 janvier 1950, Jc.p 1951 /I.5998 note A. Besson ; D 1950 - J. 61 ; Rev trim & com 1950, 618, obs Houin.
- (2) loi du 7 février 1953, JO 8 février p. 1234.
- (3) Gavalda, art. précité, Melanges Azard, n° 11 et les références citées.
- (4) ibid n° 13 et s.
- (5) Gavalda, art. précité, Melanges Azard n° 26 et art. aux Melanges Jouffret n° 14 s Percerou, article précité n° 37 avec des conclusions plus nuancées dans le cas particulier de l'assurance-aval - voir aussi : Y. Poulet, Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Ass. (belge) 1979 n° 18 s. Martine Denis-Linton, L'assurance-crédit en droit interne, thèse, Paris I, 1978, n° 108

un banquier. C'est le plus souvent un simple cautionnement, sûreté accessoire. L'assureur s'engage à exécuter l'obligation de son client si celui-ci n'y satisfait pas lui-même et sauf son recours, dans ce cas, contre ce débiteur.(1) C'est seulement dans les relations de l'assureur avec le débiteur donneur d'ordre que se trouvent intégrés certains éléments du contrat d'assurance, notamment la rémunération de l'assureur sous forme de primes et le calcul de ces primes en fonction de l'importance du risque couvert. Mais cela ne change rien à la nature de l'engagement pris envers le créancier : un cautionnement fourni par une compagnie d'assurance.

21 - Sans doute, il est fréquent en pratique que la garantie fournie par les compagnies d'assurance prenne des formes différentes de celles qui sont assurées par les banques. C'est ainsi que les compagnies d'assurances françaises spécialisées dans ce genre d'activité, délivrent dans les marchés internationaux, au profit des maîtres d'ouvrage, des "cautions de bonne exécution" qui s'apparentent fort aux "performance bonds" bien connus en droit anglais et américain;(2) C'est à dire que l'assureur assume à l'égard du maître de l'ouvrage une véritable obligation de faire : il s'engage, en cas de défaillance de l'entrepreneur, à prendre des mesures pour que les travaux se poursuivent jusqu'à leur achèvement. Ce n'est qu'à défaut qu'il devra indemniser le bénéficiaire du "bond". Cette formule, cependant, n'est nullement incompatible avec la notion française de cautionnement(3) : la caution s'engage en principe à satisfaire à l'obligation même du débiteur principal et ce n'est que pour des raisons d'ordre pratique que, dans la grande majorité des cas, la caution d'une obligation de faire n'assume elle-même qu'une obligation de somme d'argent consistant à indemniser le créancier. En tous cas, les "performance bonds" constituent des engagements accessoires : chargée de veiller à l'exécution du marché; la compagnie d'assurance peut bien entendu opposer toutes les exceptions qui y sont relatives.(4) Ce type d'engagement n'entre donc pas dans le cadre de notre étude. Du reste, quelle que soit leur nature juridique, les "performance bonds" pourraient tout aussi bien, théoriquement, être assumés

-oooOooo-

- 1) Galvada, art. précité n° 4 et 26  
2) sur les "performances bonds", voir : Halsbury's law of England, 4ème ed, vol 12, 1975 V° Bonds par Goldin-Taylor : Elland-Gold-smith, Performance bonds in the English Courts DPCI 1978, 4, 151  
3) en droit anglo-saxon, les performance bonds sont regardés comme une variété de "guarantee", équivalent du cautionnement.  
4) Galvada, art. précité n° 13 et notes 31 et 32, qui distingue nettement "performance bonds" et garanties bancaires indépendantes. M. Denis-Linton, thèse précitée n° 119

par une banque.(1) Ils ne reposent pas en effet sur une utilisation spécifique de la technique juridique de l'assurance.

Il n'en va pas de même dans l'assurance-crédit stricto sensu, qui est souscrite par le créancier lui-même.

## Section 2 - L'assurance crédit souscrite par le créancier.

22 - Le créancier peut s'assurer lui même contre les risques liés au non recouvrement de sa créance. L'opération est beaucoup plus simple que dans le cas précédent de l'assurance-cautionnement. Il n'existe pas ici a priori de relations entre l'assureur et le débiteur. C'est le créancier qui souscrit la police et qui paie les primes; en contrepartie, l'assureur s'engage à le dédommager en tout ou en partie des pertes consécutives au non recouvrement de sa créance. Généralement, au moins dans l'assurance-crédit interne, la police est globale, c'est à dire qu'elle couvre l'ensemble des créances de l'assuré - l'assureur se réservant cependant la faculté de rejeter celles qui présentent à ses yeux des risques trop élevés. Par ailleurs, l'indemnisation du créancier est normalement subordonnée à la constatation et parfois même à l'établissement judiciaire de l'insolvabilité du débiteur. Les assureurs n'acceptent plus aujourd'hui d'intervenir du seul fait que le débiteur ne s'est pas exécuté à l'échéance.(2) Ces constatations de fait suffiraient le plus souvent à distinguer l'assurance-crédit du cautionnement : d'une part la caution ne peut couvrir au maximum que toutes les créances du créancier sur un même débiteur ; d'autre part, au moins lorsqu'elle est solidaire, son engagement présente un caractère de subsidiarité (3) moins accusé que celui de l'assureur : elle doit satisfaire à l'obligation dès lors que le débiteur n'y satisfait pas lui-même, sans qu'il soit nécessaire de démontrer préalablement son insolvabilité.(4) Mais surtout, en droit, l'assurance-crédit se distingue

-oooOooo-

- (1) Gavalda, art. précité n° 26  
(2) pour une description plus complète du mécanisme de l'assurance-crédit voir : J. Bigot, enc. Dalloz Droit commercial 2ème ed, V° Assurance-crédit, 1972 - adde : M; Denis Linton, l'assurance crédit en droit interne, thèse dact. Paris I, 1978 n° 123-150  
(3) sur le sens que nous donnons à ce terme voir supra n° 4  
(4) sauf, dans le cautionnement simple, le jeu du bénéfice de discussion.

profondément du cautionnement par son caractère non accessoire (1) et c'est à ce titre qu'elle nous intéresse. Cette absence de caractère [non] accessoire affecte non seulement l'obligation de l'assureur (§1) mais aussi, dans certains cas, sa contribution à la dette garantie (§2)

§1- Le caractère non accessoire de l'obligation de l'assureur.

23 - S'il n'est pas contesté dans son principe (A), le caractère non accessoire de l'obligation de l'assurance-crédit n'a pas toujours des conséquences pratiques.(B)

A - Le principe

24 - Tous les auteurs qui se sont penchés sur la distinction - classique - entre l'assurance-crédit et le cautionnement ont remarqué qu'à la différence de la caution, l'assureur crédit était tenu d'une obligation indépendante, non accessoire à celle du débiteur principal.(2) Ceci apparaît au niveau de l'objet même de l'obligation de l'assureur : alors que la caution est tenue de satisfaire à l'obligation du débiteur principal, l'assureur apparaît tenu d'une obligation distincte, de nature indemnitaire. Il ne s'engage pas à payer la dette du débiteur, il s'engage à réparer - en tout ou en partie - le dommage causé par la défaillance de ce dernier. On sait d'ailleurs que l'élément indemnitaire est une caractéristique du contrat d'assurance.(3) On peut également rendre compte du caractère non accessoire de l'obligation de l'assureur à partir de la notion de cause - Le cautionnement trouve sa cause dans la créance garantie.(4) Dans le cas de l'assurance "la créance garantie est prise en considération dans la seule mesure où s'y attache le rapport économique constitutif de l'intérêt d'assurance" (5) ; ce n'est pas juridiquement la cause de l'engagement de l'assureur. Dans l'opinion généralement soutenue, cette cause se

-oooOooo-

- (1) Fontaine, Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, Bruxelles, 1966 n° 108 s.  
(2) Fontaine, op cit n° 110 ; Percerou, art. précité n° 51 s ; Simler Jcl civil art 2011-2039, fasc A n° 14.  
(3) voir Percerou, art. précité n° 3  
(4) Com 8 novembre 1972 (Lempereur) D 1973-753 note Malaurie ; Civ 1 30 mai 1978, Bull I n° 207 - sur cette question voir infra 2ème partie TITRE I  
(5) Fontaine, op cit n° 110

trouve dans la rémunération versée par l'assuré sous forme de primes.(1)  
Cependant il faut bien reconnaître que cette différence essentielle n'apparaît pas toujours sur le plan pratique.

#### B - Conséquences pratiques

25 - Si la créance garantie n'est pas, techniquement, la cause de l'obligation de l'assureur, elle est néanmoins à prendre en considération comme un élément du risque pris en charge par l'assureur. Dès lors, une définition restrictive du risque couvert par l'assureur peut occulter le caractère non accessoire de son obligation : on le constate dans l'assurance-crédit interne(a). Le caractère non accessoire aura davantage de conséquences dans l'assurance-crédit internationale, où les risques couverts sont plus étendus.(b)

a/ assurance-crédit interne

26 - Nous avons dit que, dans les relations internes, l'assureur n'acceptait en général d'intervenir que dans le cas d'insolvabilité constatée du débiteur.(2) Cette règle, si elle renforce la subsidiarité de l'engagement de l'assureur, tend aussi à lui redonner à un certain caractère accessoire. Si en effet le débiteur refuse de payer, non parce qu'il est insolvable, mais parce qu'il n'est pas tenu - sa dette étant nulle ou éteinte - il est clair que l'assureur peut également refuser d'indemniser le créancier, puisque nous sommes en dehors du risque garanti. On peut même dire que l'annulation ou l'extinction de la dette font tomber le contrat d'assurance puisque la relation créancier-débiteur étant disparue, le risque d'insolvabilité n'existe plus pour le créancier. Sans doute, comme le fait remarquer un auteur (3), l'assurance ne s'éteint pas alors par le jeu d'une relation de principal à accessoire, mais parce que la disparition de la créance détruit l'intérêt assuré chez le créancier. Mais on doit convenir que le résultat pratique est exactement le même. Ne subsistent alors, de l'absence de caractère accessoire, que des conséquences limitées et peu significatives : ainsi M. Fontaine (4) fait remarquer

-oooOooo-

(1) Simler, op cit n° 14

(2) sur le sens exact de cette notion voir : Vanard, l'insolvabilité au sens de l'assurance-crédit, Rev. gen. ass terr 1930. 276

(3) Fontaine op cit n° 111

(4) ibid

que les intérêts de retard ne sont pas en principe garantis par l'assurance alors que la caution est tenue de les payer car ils viennent grossir la dette dont la sûreté est l'accessoire.

Mais une caution pourrait, tout aussi bien, convenir expressément de limiter son engagement à une partie des sommes dues par le débiteur principal.(1) Beaucoup plus significatives sont les solutions relatives à l'assurance-crédit internationale.

b/ assurance-crédit internationale

27 - La garantie des créances que les exportateurs ont sur leurs contractants étrangers, au moyen de l'assurance-crédit, présente, dans les différents pays européens, un particularisme assez accusé.(2) Les sociétés d'assurance privées ne veulent pas en effet prendre en charge les risques du commerce extérieur, plus importants que ceux qui sont liés aux opérations internes. En plus des risques commerciaux d'insolvabilité et de non paiement - qui sont accrus parce que l'exportateur connaît mal son cocontractant - apparaissent des risques politiques ou économiques sur lesquels les parties ne peuvent agir. Pour permettre l'assurance-crédit à l'exportation, l'Etat va intervenir, sous des formes diverses, dans la plupart des pays européens. Parfois l'assurance est octroyée par des compagnies privées agissant sous le contrôle et avec la garantie de l'Etat : c'est le cas en Allemagne de la Hermès ou, en Suisse, du Bureau pour la garantie contre les risques à l'exportation. Parfois à l'inverse, c'est l'Etat qui joue directement le rôle d'assureur : ainsi en Belgique avec l'Office National du Ducroire (OND). En France, on sait que l'assurance-crédit internationale est confiée à la COFACE (Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur), société nationale dont la mission, définie par l'article R. 432 du Code des assurances est "d'assurer pour le compte de l'Etat la gestion du service public de l'assurance-crédit et de garantir la bonne fin des opérations du commerce extérieur". Partout, cette intervention de l'Etat va permettre de garantir des risques plus étendus que la simple insolvabilité du débiteur. Ainsi la COFACE assure t-elle les exportateurs

-oooOooo-

- (1) art. 2013 al 2 CCiv - il est vrai que cela demande, dans le cautionnement, une stipulation expresse, alors que c'est la règle dans l'assurance, engagement non accessoire.
- (2) cf. Gotzbach, Aspects internationaux de l'assurance-crédit à l'exportation dans les Etats-membres du conseil de l'Europe, Rev. gen. Ass. ~~teir~~ 1973, 276.

ou importateurs français contre les risques politiques, catastrophiques ou monétaires qui peuvent affecter leurs opérations commerciales. Et ceci apparaît comme une conséquence importante du caractère non accessoire de l'assurance.

28 - Il faut en effet bien voir que les risques assurés peuvent toucher à l'existence même de l'obligation du débiteur et que l'assureur ne pourrait les couvrir s'il était tenu à titre accessoire. Ainsi, il y a risque politique, pour une opération d'exportation lorsque "l'acheteur ne s'est pas acquitté de sa dette, pour autant que le non-paiement ne soit pas dû à l'inexécution des clauses et conditions du contrat et provienne de l'une des causes suivantes : - guerre civile ou étrangère, révolution, émeute ou autres faits analogues survenus dans le pays de résidence de l'acheteur - moratoire édicté par les autorités administratives de ce pays"(1) Quant au risque catastrophique, il est réalisé, selon l'article 432-25 du Code des assurances, "lorsque le débiteur est empêché de tenir ses engagements par suite d'un cataclysme tel que cyclone, inondation, raz de marée, tremblement de terre, éruption volcanique survenu dans le pays de résidence du débiteur" - ceci pour les opérations d'exportation - ou, pour les opérations d'importation lorsque, pour ces mêmes raisons "la marchandise ne peut être expédiée, est détruite ou endommagée ou est grevée de frais supplémentaires non récupérables sur le vendeur"(2)

Dans tous ces cas nous sommes en présence d'événements qui empêchent l'exécution de l'obligation du débiteur ou la rendent plus onéreuse pour le créancier français. Le plus souvent il s'agit d'événements qui pourraient être légalement considérés, quel que soit le droit applicable, comme des cas de force majeure : le débiteur n'est pas alors tenu de réparer le préjudice causé au créancier. L'assurance, parce qu'elle est un débiteur non accessoire, va cependant indemniser le créancier : elle est tenue alors que le débiteur principal est libéré. Elle ne peut évidemment opposer à l'assuré l'extinction de la dette puisque c'est précisément contre ce risque que l'assuré avait voulu se prémunir.

-oooOooo-

- (1) art. R 432-24 C Assurances - voir la définition correspondante dans l'article R 432-42 pour les opérations d'importation.
- (2) art. R 432-43 - voir aussi la définition du risque monétaire dans l'article R 432-27

On comprend que, dans ce cas, l'absence de caractère accessoire de l'obligation de l'assureur ait nécessairement des conséquences sur sa contribution à la dette.

§ 2 - Les incidences du caractère non accessoire sur la contribution à la dette

29 - L'assureur-crédit a, en principe, un recours contre le débiteur de la créance assurée.(1) Sans doute éprouve-t-on quelque difficulté à trouver un fondement juridique à ce recours : n'étant pas tenu "pour d'autres" au sens de l'article 1251 du Code civil puisqu'il paie une obligation propre de nature indemnitaire, l'assureur n'est pas normalement subrogé dans les droits du créancier ; n'ayant eu aucune relation avec le débiteur, il n'a pas de recours personnel de nature contractuelle et, ayant reçu une contrepartie à son engagement, il ne s'est pas appauvri sans cause ce qui exclut l'action de in rem verso.(2) Mais la jurisprudence française a admis dès 1943 le recours subrogatoire de l'assureur crédit (3) et cette solution est aujourd'hui consacrée par le législateur dans l'article 22 de la loi du 11 juillet 1972. Aux termes de ce texte "l'assureur qui paie une indemnité ou un acompte sur indemnité en vertu d'une police d'assurance-crédit est subrogé dans les droits et actions de l'assuré du chef de l'opération ayant fait l'objet du paiement.(4) Il a en effet paru inadmissible que le débiteur soit libéré parce que le créancier était désintéressé par l'assurance. C'est pourquoi le recours de l'assureur-crédit est également reconnu dans les autres droits européens.(5)

Sans doute, ce recours est-il largement théorique puisque, par hypothèse, l'assureur n'intervient que si le débiteur est insolvable.(6) Mais, en droit, il est fondamental car il permet d'affirmer que nous sommes bien en présence d'une sûreté : l'assureur n'est pas un débiteur principal, comme l'affirment certains auteurs(7) ; bien que tenu à titre indépendant, non

-ooo0ooo-

(1) Bigot, Enc Dalloz V° Assurance crédit n° 45

(2) sur l'ensemble des problèmes des recours dans les sûretés non accessoires voir infra 2 ème partie TITRE II

(3) Civ 14 décembre 1943, DC 1944, 81 note Besson

(4) la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré était reconnu dès avant ce texte par l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930 (actuellement art. L 121 12 du Code des assurances). Mais ce texte n'était pas applicable à l'assurance-crédit, exclue du domaine d'application de la loi de 1930

(5) voir pour la Suisse : Bär, Zur Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft 1963 p. 20

(6) sauf à remarquer que l'insolvabilité n'est pas nécessairement définitive.

(7) Fontaine, op cit n° 110



accessoire, il reste un garant qui ne doit pas en principe supporter la charge définitive de la dette.

30 - Ce principe connaît cependant des limites. Si l'on fonde le recours de l'assureur crédit sur la subrogation il faut du moins, pour que celle-ci ait lieu, que le créancier ait des droits contre son débiteur. Or nous avons vu que l'assuré, en raison du caractère non accessoire de son engagement, pouvait être amené à indemniser le créancier dans des cas où l'obligation du débiteur s'était éteinte. C'est ce qui se produit dans l'assurance crédit internationale en cas de réalisation d'un risque politique ou catastrophique, constituant pour le débiteur un événement de force majeure. Dans ce cas, aucune subrogation ne peut se produire au profit de l'assureur : le débiteur pourrait lui opposer l'extinction de son obligation. C'est donc l'assureur qui supportera, en droit, la charge définitive de la dette : ce qui est normal puisqu'il s'est engagé à couvrir le risque d'extinction de la dette du débiteur.

On voit ici nettement comment le caractère non accessoire de la sûreté peut affecter la contribution du garant à la dette, et comment cela est lié à la fonction économique de cette sûreté. Nous allons retrouver les mêmes principes à propos d'une autre sûreté personnelle non accessoire, surtout connue à l'étranger où elle est d'ailleurs souvent comparée à l'assurance : la garantie indemnitaire.

31 - Nous désignons ainsi une sûreté personnelle non accessoire connue surtout dans les droits germaniques sous le nom de "Garantievertrag" (contrat de garantie) et dont on trouve l'équivalent en droit anglais dans le "contract of indemnity". En attendant de savoir s'il existe un équivalent de cette sûreté en droit français, nous avons choisi la dénomination de "garantie indemnitaire" qui a l'avantage de contracter, les deux désignations allemande et anglaise. L'expression "contrat de garantie" qui est la traduction littérale du terme allemand, est parfois utilisée par les juristes suisses francophones ; il nous a paru cependant préférable de l'écartier en raison de la multiplicité des sens du mot "garantie" en droit français.(1) Il convenait aussi d'éviter toute confusion avec les "garanties" actuellement fournies par les banques dans le commerce international, qui ne sont pas, à notre avis, de simples applications de cette "garantie indemnitaire" dont il est ici question. Nous examinerons d'abord le principe (Section 1) de cette sûreté personnelle non accessoire, avant de rechercher quelles en sont les applications pratiques. (Section 2)

#### Section 1 - Le principe de la garantie indemnitaire

32 - Dans une première approche de définition, nous dirons que la garantie indemnitaire est un contrat par lequel une personne (le garant) s'engage d'une manière indépendante, à indemniser une autre personne (le bénéficiaire) pour le cas où celle-ci ne recevrait pas une prestation qui lui a été promise par un tiers. C'est surtout en droit comparé qu'il faut aller découvrir le principe d'une telle sûreté (§1) Mais il faudra se demander ensuite s'il n'en existe pas un équivalent en droit français.(§2)

#### § 1 - La garantie indemnitaire en droit comparé

33 - C'est le droit allemand qui fournit la construction la plus achevée de la garantie indemnitaire avec le "Garantievertrag" (A) Mais on trouve des formes analogues dans d'autres droits européens (B), ce qui a

-oooOooo-

(1) cf. B. Gross, la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, LGDJ 1964, préface D. Tallon, p. 1 et s - V° Garantie in Enc Dalloz Droit civil.

amené la commission des communautés européennes à en proposer une harmonisation.(C)

A - Le "Garantievertrag" en droit allemand

34 - La première étude systématique du "Garantievertrag" (littéralement : contrat de garantie) remonte à un article célèbre publié en 1886 par le juriste allemand Stammler.(1) Mais, selon cet auteur lui-même, la notion aurait des origines historiques beaucoup plus anciennes. Stammler rattache en effet la garantie à une institution du droit romain, la *promissio indemnitis*.(1bis) Il s'agissait à l'origine d'un engagement indépendant de répondre du fait d'autrui, c'est à dire d'indemniser le bénéficiaire de la promesse en cas de non accomplissement de ce fait. Mais par la suite la signification de la notion se serait élargie jusqu'à désigner au Moyen-Age toutes sortes de sûretés personnelles y compris le cautionnement et l'assurance. Ce n'est qu'à partir du dix-huitième siècle que l'on aurait commencé à nouveau à distinguer en Allemagne, au sein de ce concept très général, différentes variétés de sûretés personnelles. On distingue alors la garantie stricto sensu, dans laquelle l'engagement du garant est autonome, du cautionnement, sûreté accessoire.(2)

A la différence de ce dernier, la garantie n'est pas réglementée par le législateur allemand. Sans doute la loi sur le crédit range-t-elle parmi les affaires des banques "la prise en charge de cautionnements, garanties et autres sûretés" ce qui semble consacrer l'existence de la garantie comme sûreté distincte du cautionnement ; mais on ne trouve, ni dans le BGB, ni dans aucune loi spéciale, une définition de cette sûreté. C'est essentiellement une construction doctrinale et jurisprudentielle.

35 - De prime abord, le concept de "Garantievertrag" est extrêmement large. Pour Stammler, il s'agissait d'un contrat par lequel "quelqu'un soutient et encourage une autre personne à se lancer dans une affaire à incidence patrimoniale en prenant à sa charge sans rémunération, tout ou partie du risque qui est lié à cette affaire.(3) Les auteurs postérieurs

-oooOooo-

(1) R. Stammler, Der Garantievertrag, Archiv für die Zivilistische Praxis 1886, t 69, p. 1 et s.

(1bis) on parle aussi de *fidejussio indemnitis* (caution indemnitaire) L 42 Dig. De rebus creditis, X, II, 1.

(2) sur l'historique voir aussi Kleiner, Bankgarantie, 3 ème ed, Zürich, 1979, p. 122 et s.

(3) Stammler, art précité.

se sont tous plus ou moins inspirés de cette définition même si on ne fait plus aujourd'hui du but d'incitation du garant ni du caractère gratuit de son engagement des éléments essentiels du contrat de garantie. Ainsi pour Boetius, auteur d'une thèse sur le "Garantievertrag", il s'agit d'un "contrat synallagmatique par lequel le garant assure un intérêt patrimonial du bénéficiaire en lui promettant de réparer le dommage né de la non-réalisation de cet intérêt".(1) Un autre auteur parle d'un "contrat par lequel le garant s'oblige comme débiteur envers le créancier bénéficiaire de la garantie, à répondre d'un certain succès matériel ou juridique ou à prendre en charge la réparation d'un dommage futur".(2) On trouve dans la jurisprudence allemande des définitions plus ou moins proches. Le Reichsgericht parlait simplement de "l'engagement autonome de répondre d'un succès économique déterminé".(3) Pour le Bundesgerichtshof la garantie est "un contrat unilatéral par lequel l'un des contractants (le garant) assume la responsabilité pour l'avènement d'un certain risque".(4)

36 - Ce qui frappe un juriste français, dans toutes ces définitions, c'est qu'elles paraissent a priori très éloignées de ce qu'on entend habituellement par une sûreté : " la responsabilité pour l'avènement d'un certain risque", " répondre d'un succès économique déterminé", "prendre en charge la réparation d'un dommage futur"... toutes ces formules peuvent aussi bien viser une forme quelconque d'assurance de dommages, une promesse de porte-fort au sens de l'article 1121 de notre Code civil, ou la garantie des vices cachés assumée par le vendeur d'une chose !(5) Pour voir apparaître la notion de sûreté dans le "Garantievertrag" il faut en réalité distinguer selon la nature du résultat promis par le garant ou, si l'on veut, du dommage qu'il s'est engagé à indemniser. Boetius distingue aussi selon que le résultat promis consiste dans l'existence, l'apparition ou le maintien de certaines qualités d'une chose (Eigenschafts garantie) ou dans l'accomplissement d'une prestation par un tiers (Leistungsgarantie)(6) Il est clair que dans le premier cas, on n'est pas en présence

-oooOooo-

- 1) Der Garantievertrag, Diss München, 1966, p. 15
- 2) J. Käser, Garantieverprechen als Sicherheit im Handelsverkehr, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht - Band 35 - 1971 p. 601 s. (p 608) comp. Larenz, Schuldrecht § 62 : "contrat par lequel une partie s'oblige envers une autre à répondre du succès ou de la poursuite d'un certain état de telle sorte que dans le cas contraire, il promet de verser une réparation"
- 3) RGZ 90, 415 = JW 1918,36 note Oertmann cité par Boetius p. 16
- 4) BGH BB 1964, 1360
- 5) sur les rapports entre ces différentes notions voir infra n° 47 s
- 6) Boetius op cit p. 3 et s.

d'une sûreté car l'engagement du garant n'a pas pour but de renforcer l'obligation d'un tiers, d'assurer l'exécution d'une créance du bénéficiaire : l'exemple est la garantie contractuelle assumée par le fabricant d'une chose au profit des acheteurs de cette chose.(1) La garantie d'une prestation, elle-même, n'est pas toujours une sûreté. Si le tiers ne s'est pas engagé lui-même à accomplir la prestation garantie, il n'y a qu'un seul lien d'obligation (entre le garant et le bénéficiaire) et on ne peut pas parler d'une sûreté. En revanche, il y a bien sûreté si la prestation garantie a été promise par le tiers : l'obligation du garant vient alors renforcer l'obligation du tiers, débiteur principal.

37

- C'est surtout cette dernière forme de Garantievertrag - la seule qui nous intéresse - qui s'est développée en Allemagne. Le contrat de garantie d'une prestation a été souvent utilisé en pratique à la place du cautionnement, dont il apparaît très proche par sa fonction économique et dont il pouvait permettre de tourner la réglementation restrictive.(2) Le travail de la doctrine et de la jurisprudence a donc essentiellement consisté à rechercher des critères de distinction entre la garantie et le cautionnement.(3) Le critère de distinction essentiel réside dans le caractère non accessoire de l'engagement du garant.(4) A la différence d'une caution, en effet, le garant ne s'engage pas à exécuter l'obligation du débiteur principal, il s'engage à réparer le dommage causé par l'inexécution de la prestation promise par le débiteur principal. Or ce dommage est a priori indépendant de la cause de l'inexécution : peu importe que le débiteur n'ait pas tenu sa promesse parce qu'il ne pouvait pas la tenir (insolvabilité) ou parce qu'il n'y était pas obligé (nullité ou extinction de son obligation)(5) Ce que Boetius exprime en disant que l'obligation du garant est orientée exclusivement vers la sphère juridique du créancier (schuldnerbezogen) et non pas, du débiteur, comme celle de la caution.(6) Il en résulte que le garant ne peut pas en

-ooo0ooo-

- (1) voir notre article: La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière, Rev. trim.dr.com.1979,p.203s. n°22 et infra n° 49
- (2) voir infra n° 59
- (3) Soergel et Siebert, op.cit. n° 29 1a/ - voir les nombreuses thèses qui ont été consacrées en Allemagne à la distinction de la garantie et du cautionnement: Dudenhausen (Königsberg, 1936), Hauck (Leipzig, 1910), Kroener (Erlangen, 1911)...
- (4) Boetius p. 37; Käser, art.precité p.608-609; K.Pleyer, Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM 1973,2,Sonderbeilage, p.14-15; H.J.Weber, Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte, JuS 1972 n° 1, p.9 - voir en jurisprudence: BGH 8 mars 1967, NJW 1967, p.1020
- (5) Ennecerus-Lehmann, §197 II
- (6) Boetius p. 37

principe opposer les exceptions que le débiteur aurait pu lui-même opposer au créancier.(1) Le garant est tenu même si l'obligation principale est nulle ou éteinte et le créancier se trouve ainsi garanti non seulement contre le risque d'insolvabilité du débiteur, mais aussi contre le risque d'absence ou de disparition de sa créance.(2) Ceci implique que contrairement à une caution, le garant accepte de supporter, en droit, la charge définitive de la dette dans les cas où le débiteur n'en est pas tenu.

38 - Le "Garantievertrag" se rapproche donc plutôt d'un contrat d'assurance : le garant apparaît comme l'assureur du créancier contre les divers risques qui peuvent affecter sa créance. Comme dans l'assurance, le garant est tenu d'une obligation de nature indemnitaire et c'est ce qui explique son indépendance par rapport à l'obligation principale. La doctrine allemande distinguait autrefois les deux contrats par l'absence de rémunération du garant.(3) Mais ce critère ne peut plus être retenu car il est aujourd'hui admis que le caractère gratuit n'est pas de l'essence du contrat de garantie. Cependant on remarque que, même si le garant reçoit une rémunération celle-ci n'est pas calculée, comme les primes d'assurance, dans le cadre d'un système global de compensation des risques.(4) La garantie ne s'insère pas nécessairement, comme l'assurance dans une entreprise planifiée. En outre, la rémunération éventuellement versée au garant l'est toujours par le débiteur donneur d'ordre de la garantie, et non pas par le créancier bénéficiaire(5) : autre différence importante avec l'assurance où c'est le créancier qui s'assure et qui paie les primes.(6) On peut donc dire, en reprenant la formule de Stammer, que la garantie est une "assurance unilatérale".(7)

B - La garantie indemnitaire dans les autres droits européens.

39 - Jusqu'à une période récente, on ne parlait de la garantie indépendante ni en droit français, ni en droit belge, ni en droit italien... ce qui ne veut pas dire - nous le verrons à propos du droit français -

-oooOooo-

- (1) voir parmi d'autres Käser, art. précité p 609
- (2) Käser, op et loc cit ; Boetius, p 42 ; cf infra n° 58 s à propos des utilisations pratiques de la garantie.
- (3) Stammer, art. précité, p 49 ; Ennecerus-Lehmann, §197 II,3 ; Esser, p432 ; et les auteurs cités par Boetius, p 99.
- (4) Boetius, p 47 à 52 ; Käser, p 612
- (5) Boetius, p 53 s - cet auteur met cependant à part les garanties Hermes accordées aux exportateurs, mais ces garanties se rattachent plutôt à l'assurance-crédit internationale - voir supra n° 27
- (6) sauf dans l'assurance-cautionnement, mais nous avons vu que celle-ci est en réalité un cautionnement accordé par une compagnie d'assurance.
- (7) art. précité p. 49.

que ces systèmes juridiques ne connaissent pas de techniques équivalentes à celles que nous venons de rencontrer en droit allemand, mais seulement que, ni la pratique, ni la doctrine universitaire n'avaient pris conscience de la possibilité d'utiliser ces techniques comme sûreté. La notion de garantie indépendante a été, il est vrai, introduite en France, en Italie, en Belgique depuis quelques années, mais toujours sous la forme d'une référence au droit allemand à propos des garanties bancaires du commerce international.(1)

La garantie indemnitaire existe en revanche depuis longtemps, comme technique juridique spécifique, en Suisse (a) et dans la Common law anglaise (b).

a/ la garantie en droit suisse

40 - Le droit suisse connaît un "contrat de garantie"(2) qui apparaît très proche du Garantievertrag allemand ; le même terme est d'ailleurs utilisé par les juristes suisses de langue allemande. La doctrine suisse se réfère également aux travaux de Stammler, et, au delà, à la promissio indemnitas du droit romain. Les définitions du contrat de garantie sont presque identiques à celles que nous avons rencontrées sous la plume des auteurs allemands. Citons par exemple la définition de Bär : "c'est un contrat par lequel le garant s'oblige envers le bénéficiaire de la garantie à répondre des suites dommageables d'un événement dangereux"(3) ou, dans la doctrine de langue française, celle de Scybos : "dans un sens large, le garant promet à son partenaire, pour le cas où surviendrait un événement qui présente pour le garanti un intérêt patrimonial, une prestation indépendante mesurée à cet intérêt!" (4)

A partir de ces définitions très larges, les auteurs introduisent les mêmes distinctions qu'en droit allemand. Kleiner distingue ainsi la "garantie pure" (reine garantie) qui englobe tous les cas où le fait promis n'est pas l'objet de l'obligation d'un tiers, et la "garantie analogue au cautionnement" (bürgschaftsähnliche Garantie) qui désigne la garantie

-oooOooo-

- (1) qui sont en réalité, nous le verrons, tout autre chose que la garantie indemnitaire traditionnelle - voir infra n° 139
- (2) Ouvrages généraux : Engel, Traité des obligations en droit suisse. Neuchâtel 1973, n° 94 ; Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 6e ed, Zurich, 1972, §22 ; Giovanoli, Berner Kommentar, Das obligationenrecht, 2e partie vol 7, art 492 n° 13 ; Traité de droit privé suisse, t.7, II, par G. Scyboz (Le contrat de garantie et le cautionnement) Fribourg, 1979 - Ouvrages spéciaux : P.A Gilliéron, Les garanties personnelles en matières bancaire, thèse. Genève, 1956 ; T. Bär, Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Winterthur, 1963 ; Kleiner, Bankgarantie précité.
- (3) op ; cit ; p. 8
- (4) op ; cit ; p. 13

d'une prestation promise par un tiers.(1) Comme en droit allemand, cette dernière forme de garantie se distingue du cautionnement par le caractère non accessoire de l'obligation du garant car, comme l'écrit toujours Kleiner, "ce qui est garanti, ce n'est pas une créance mais une prestation.(2)

41 - La différence essentielle entre le droit allemand et le droit suisse en la matière réside en ce que le contrat de garantie est généralement rattaché en Suisse à un texte de loi, l'article 111 du Code des obligations : "Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers" (3) Cela est particulièrement intéressant à noter pour le juriste français car l'article 111 est l'équivalent de notre article 1120 du Code Civil relatif à la promesse de porte-fort. Le contrat de garantie est, du reste, couramment dénommé "porte-fort" par la doctrine suisse francophone.(4) Comme en droit français, l'effet de la promesse de porte-fort n'est pas d'obliger le tiers - ce qui serait contraire au principe de l'effet relatif des conventions - mais simplement d'obliger le promettant à indemniser le bénéficiaire de la promesse au cas où le tiers n'accomplirait pas le fait promis. Ce qui est, précisément, l'effet du contrat de garantie. Nous aurons à rechercher si une telle utilisation du porte-fort - que l'on retrouve également en droit autrichien (5) - est également concevable en droit français.(6)

#### b/ La garantie en droit anglais

42 - Comme les droits germaniques le droit anglais connaît, à côté du cautionnement (guarantee) une sûreté personnelle non accessoire appelée "contract of indemnity". (7) Il faut cependant relever le caractère flottant de la terminologie dans ce domaine ; le terme d'"indemnity" est parfois

-oooOooo-

(1) op.cit. p.33 à37

(2) op.cit. p.36

(3) Kleiner, p.119-120;Bär, p.6 et 7 ; Guhl, §22

(4) Gilliéron, op. cit. p.168 à 170, 177; Scyboz, op. cit. p.13 et s; Engel, n°94-96

(5) le Garantie est rattaché au §880 al 1 de l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch; voir: Schinnerer, Bankverträge, 3e ed avec le concours de P. Avancini, Wien 1978, 2e partie, p.282s.

(6) voir infra n° 50s.

(7) Anson's Law of contract, 24e ed par Guest, 1975, p.74 et s.; P.C.M.Curtis,V° Guarantee and indemnity, in Halsbury'Law of England, 4e ed, London, 1978, vol 20; T.C.Hartley,Le droit du cautionnement et de la garantie dans le Royaume-Uni et en Irlande, Etudes de la Commission des communautés européennes,Bruxelles, 1974; M.L.Engelhard-Grosjean, Le cautionnement en droit anglais, thèse, ParisI 1974, spec. p;56s.



utilisé dans un sens large pour désigner toutes sortes de sûretés personnelles, y compris le cautionnement et l'assurance.(1) Mais, dans un sens étroit, il désigne une sûreté personnelle spécifique caractérisée par l'indépendance de l'engagement du garant et c'est en ce sens que nous l'entendrons ici.

43 - Le "contract of indemnity" est présenté, en droit anglais comme un dérivé de la *promissio indemnitas* romaine - dont il tire d'ailleurs son nom - et ceci fait, d'emblée, apparaître l'analogie avec la garantie du droit allemand ou suisse. Cette analogie se retrouve d'ailleurs dans les définitions que la doctrine anglaise donne de l'*indemnity* : Hartley, dans le rapport sur le cautionnement et la garantie remis à la Commission des communautés européennes, y voit " un contrat par lequel le garant s'engage à réparer le dommage que le bénéficiaire peut subir du fait de sa participation à une affaire déterminée" (2)P.C. Curtis, dans *Halsbury's law of England* définit l'*indemnity*, plus largement encore, comme "un contrat par lequel une partie s'oblige à compenser une perte (to make good a loss)" mais relève que "le terme *indemnity* est normalement utilisé en droit pour désigner un contrat par lequel le promettant (promisor) assume une obligation originale et indépendante d'indemnisation, distinct d'un contrat collatéral comme la "guarantee".(3) C'est d'ailleurs, comme en Allemagne et en Suisse, sous l'angle de la distinction avec la "guarantee" (cautionnement) que l'*indemnity* a surtout retenu l'attention de la doctrine anglaise. Les règles applicables ne sont en effet pas les mêmes pour l'un et l'autre contrat.(4)

44 - L'*indemnity* est également connue de la common law des Etats-Unis mais elle ne semble y avoir qu'une importance restreinte.(5) Le droit

-oooOooo-

- (1) sur les incertitudes de la terminologie, voir Hartley, op.cit. n°10s - Ces incertitudes sont aggravées pour le juriste français par la tentation de traduire "guarantee" par garantie, alors que c'est plutôt dans l'"*indemnity*" qu'il faut aller chercher l'équivalent de la garantie indemnitaire germanique
- (2) Hartley, op.cit. n° 12
- (3) op. cit. n° 305
- (4) voir infra n° 58
- (5) cf V° *Indemnity*, in *American Jurisprudence*, 2e ed, vol 41, 1968, spec §4 sur la distinction avec le cautionnement

américain connaît surtout une autre distinction, plus importante mais très peu claire entre le cautionnement (guarantee) et le "suretyship".(1) Il semble que cette distinction tiende à la plus ou moins grande subsidiarité de l'engagement du garant : tandis que la "surety" s'engage à titre primaire aux côtés du débiteur principal ; le "guarantor" (caution) ne promet de payer que pour le cas où l'incapacité de payer du débiteur principal serait préalablement démontrée. La différence serait un peu celle qui existe en droit français entre cautionnement simple et cautionnement solidaire. Mais il s'agit de toute façon, dans l'un et l'autre cas, de sûretés accessoires ; en conséquence la distinction entre guarantee et suretyship n'a pas à être approfondie ici.

C - Le projet d'harmonisation européenne.

- 45 - Publié en 1979 le projet de directive "concernant l'harmonisation du droit applicable au cautionnement et à la garantie"(2) trouve sa source dans une étude comparative réalisée par le Max Planck Institut de Hambourg.(3) Cette étude mettait en évidence dans différents droits nationaux l'existence d'une garantie personnelle indépendante, distincte du cautionnement. Considérant que la non reconnaissance de cette institution dans tous les droits européens "rompt l'égalité des chances entre négociants européens et peut causer un préjudice considérable dans les échanges économiques"(4) la commission des communautés européennes propose d'harmoniser sur ce point les différentes législations des pays de la CEE. L'article 1 du projet dispose que "la présente directive s'applique .... aux contrats de garantie définis à l'article 9". Selon ce dernier texte "le contrat de garantie est un contrat par lequel le garant s'engage à répondre en tout ou en partie de pertes financières subies par le garanti et résultant de l'inexécution d'une obligation, existante ou conditionnelle,

-oooOooo-

- (1) voir: M.Alsentzer, Die Sicherung eines Kredits durch die persönliche Haftung eines Dritten im Recht des USA, étude publiée par l'Institut für Internationales Recht des Spar- Giro- und Kreditswesens de Mayence, n° 23 Gelben Reihe
- (2) Direction générale du Marché Intérieur et des affaires industrielles, III/629/79-FR; sur ce projet voir U.Drobnig, Die Harmonisierung der persönlichen Sicherungsrechte in der EWG
- (3) Travaux CEE, Série concurrence n° 14, Bruxelles 1971, avec le complément pour le droit anglais rédigé par T.C.Hartley, précité
- (4) exposé des motifs, document n°III/168/78/FR n° I-4

à exécuter par un tiers, lorsque l'engagement du garant se présente indépendamment de l'existence, de la validité ou du caractère exécutoire de l'obligation ainsi garantie".

- 46 - Cette définition se présente à première vue comme très proche de la définition allemande du 'Garantievertrag', du moins en tant que celui-ci est utilisé comme sûreté, pour garantir l'exécution d'une prestation due par un tiers. La nature indemnitaire de l'engagement du garant est nettement soulignée : "le garant s'engage à répondre en tout ou en partie des pertes financières subies par le garanti" ; et l'alinéa 3 de l'article 9 en tire les conséquences quant au caractère non accessoire de l'obligation du garant : "les exceptions et les défenses que le tiers peut faire valoir à l'encontre du garanti, notamment en ce qui concerne l'existence, la validité ou le montant de l'obligation garantie ne peuvent pas être invoquées par le garant contre le garanti". Il s'agit donc d'une sûreté bien différente du cautionnement. L'alinéa 5 de l'article 9 déclare pourtant les règles du cautionnement applicables par analogie au contrat de garantie. Cette solution est peu en accord avec celles qui sont admises actuellement dans les droits européens qui connaissent la garantie<sup>(1)</sup> et elle a été généralement critiquée.<sup>(2)</sup> Quoi qu'il en soit, la garantie pourrait donc, si ce projet se concrétisait, être prochainement introduite en droit français. On peut se demander, cependant, s'il s'agirait là d'une institution aussi nouvelle qu'on ne le pense généralement.

## §2 - La garantie indemnitaire en droit français.

- 47 - Il serait sans doute absurde d'affirmer que la garantie indemnitaire existait depuis longtemps en droit français et que personne ne le savait. Les institutions n'ont pas d'existence abstraite, elles n'ont de sens que par leur utilisation pratique. Il n'en reste pas moins que la figure juridique que constitue la garantie indemnitaire ne doit pas surprendre complètement le juriste français. On trouve en droit positif

-oooOooo-

(1) sur ce problème, voir pour le droit allemand: Boetius, p.108s; Pleyer, op.cit. p. 21; Larenz, Schuldrecht, §62 III - pour le droit suisse: Gilliéron, op.cit. p 106 et 169

(2) Pouillet, Les garanties contractuelles dans le commerce international, DPCI 1979, et les nombreux auteurs cités n°19, p387s

français des techniques juridiques qui auraient pu servir de support à une construction doctrinale et jurisprudentielle analogue à celle du "Garantievertrag" en Allemagne ou de "l'indemnity" en Grande Bretagne. Mais le besoin ne s'est pas vraiment fait sentir d'utiliser ces techniques comme sûretés. Au delà de la différence des fonction, nous voudrions essayer de montrer l'analogie des structures. C'est ainsi que la garantie indemnitaire n'est pas sans présenter quelque ressemblance avec l'obligation de garantie qui existe dans certains contrats. (A) C'est ainsi, surtout, que la garantie indemnitaire apparaît très proche de la promesse de porte-fort de l'article 1120 du Code Civil (B)

A - Garantie indemnitaire et obligation de garantie dans les contrats.

48 - Un certain nombre de contrats font naître, en droit français, une obligation légale de garantie à la charge d'un contractant : garantie des vices cachés et garantie d'éviction dans la vente et dans le contrat de bail, garantie décennale des architectes et des entrepreneurs. (1) Le contractant tenu d'une telle obligation se voit imposer de réparer le dommage causé à son cocontractant si le résultat attendu du contrat n'est pas obtenu, et cela sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute de sa part. (2) Cette obligation apparaît très proche de celle qui pèse sur le garant dans le "Garantievertrag", du moins entendu au sens le plus large "obligation de répondre d'un certain succès matériel ou juridique ou à prendre en charge la réparation d'un dommage futur". (3) L'analogie de termes n'est pas un hasard.

49 - On peut cependant contester ce rapprochement dans la mesure où les obligations légales de réparation qui pèsent sur un cocontractant dans le cadre de la garantie ont été parfois analysées comme la sanction d'une obligation préexistante : ainsi la résolution de la vente, la diminution du prix ou les dommages-intérêts dus par la vendeur en cas de vice de la

-oooOooo-

(1) B.Gross, thèse précitée

(2) on sait d'ailleurs que l'on a parfois tenté de rattacher à cette notion de garantie toute la responsabilité sans faute - cf B.Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse, Paris, 1947

(3) voir supra n° 35

chose peuvent ils être considérés comme des sanctions d'une obligation de procurer une chose exempte de vices.(1) L'obligation qui pèse sur le garant dans le "Garantievertrag" ou "l'indemnity" apparaît au contraire, comme une obligation indemnitaire non dérivée, primaire, comme l'est celle d'un assureur.(2)

Nous avons montré cependant, dans un précédent article(3), qu'à côté de l'obligation légale de garantie des vices cachés, il existait des obligations conventionnelles qui, elles, n'apparaissent pas comme la sanction d'une obligation préexistante : ainsi le vendeur s'oblige à réparer le matériel défectueux ou à échanger les pièces viciées. Ici on peut dire que, comme le garant dans le Garantievertrag, le vendeur "prend en charge la réparation d'un dommage futur".

50 - L'analogie est particulièrement nette lorsque la garantie est assumée non pas par le vendeur lui même dans le cadre du contrat de vente, mais par le fabricant dans ses conditions générales. Dans ce cas, en effet, on peut dire que l'obligation de garantie assumée par le fabricant fait l'objet d'un contrat autonome distinct du contrat de vente. Cette analyse, que nous avions déjà suggérée(4), est précisément celle de la doctrine et de la jurisprudence allemandes qui voient dans la garantie du fabricant un exemple de "Garantievertrag".(5)

Sans doute, il s'agit ici d'un "contrat de garantie" dans son sens le plus large : il ne s'agit pas ici d'une sûreté car le fait garanti est la qualité d'une chose et non pas la prestation due par un tiers. On remarquera néanmoins que, dans l'exemple donné, la garantie du fabricant joue, indirectement, le rôle d'une sûreté : l'obligation contractuelle assumée par le fabricant renforce en effet l'obligation légale de garantie qui pèse sur le vendeur.(6) Par ailleurs, la plupart des garanties contractuelles

-oooOooo-

(1) Gross, thèse précitée n° 101s

(2) sur cette idée: Larenz §62; Soergel-Siebert n°34; Boetius, p20s

(3) Rev. trim. dr. com. 1979, p.203s spec n°16

(4) art.précité n°22

(5) voir: F.v.Westphalen, Garantie- und Gewährleistungsvergütungen im Verhältnis zwischen Hersteller-Handler-Endkunde, NJW 1981 p.275; BGH 12 nov 1980, NJW 1981 p.2227A

(6) ce n'est pas techniquement une sûreté car il y a deux obligations principales parallèles; le fabricant ne peut être considéré comme le garant du revendeur: si la garantie joue, c'est lui qui en supporte définitivement la charge

des fabricants contiennent également la garantie de prestations accomplies par des tiers, dans la mesure où le fabricant promet souvent le fait de ses concessionnaires. Nous avons vu là une promesse de porte-fort.(1) Le rapprochement n'est pas fortuit : d'une manière plus générale, on peut trouver de grandes analogies - déjà révélées par le droit suisse - entre garantie indemnitaire et promesse de porte-fort.

B - Garantie indemnitaire et promesse de porte-fort .

- 51 - Nous avons vu qu'en droit suisse, la garantie était assimilée à la promesse de porte-fort. Ceci amène à se demander si on ne peut pas également trouver, dans notre article 1120 du Code Civil, un support textuel à la garantie indemnitaire en droit français. Il ne s'agit plus ici de la garantie au sens large, mais seulement de la garantie de l'accomplissement d'une prestation par un tiers (Leistungsgarantie). Il ne nous semble pas douteux, en général, qu'il existe une analogie entre les deux institutions (a). Mais une difficulté particulière surgit lorsque la prestation garantie est due par le tiers, c'est à dire dans le cas - le plus intéressant pour nous - où la garantie est utilisée comme sûreté (b).

a/ promesse de porte-fort et garantie d'une prestation

- 52 - De prime abord, les deux institutions semblent très différentes. En effet tandis que la garantie intervient surtout, en Allemagne, pour assurer l'exécution d'un contrat passé entre le bénéficiaire de la garantie et un tiers, la promesse de l'article 1120 du Code Civil se situe plutôt au stade de la formation de ce contrat. "Une personne se porte fort pour une autre, écrivent Planiol et Ripert, quand elle promet que celle-ci ratifiera une convention ou un acte juridique passé pour son compte sans pouvoir le représenter"(2) et les mêmes auteurs poursuivent, pour distinguer la promesse du cautionnement : "l'engagement du porte-fort... consiste à obtenir du tiers que suivant les termes de l'article 1120 il consente à ratifier ou à tenir l'engagement c'est à dire à se l'approprier. Celui qui s'est porté fort est donc libéré dès que l'engagement a été assumé par le tiers : il n'est donc pas garant de l'exécution".(3) Marty et

-oooOooo-

(1) art. précité n°22

(2) Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil, 2e ed t6, Obligations, par P.Esmein(1952), n° 49

(3) ibid

Raynaud écrivent de même " si le porte-fort promet de procurer l'engagement d'autrui, il ne promet nullement l'exécution de cet engagement"(1) tandis que Beudant et Ierebours Pigeonnière relèvent que "le porte-fort s'engage à rapporter une signature, à procurer un débiteur, mais il ne garantit ni la solvabilité de ce débiteur, ni une exécution correcte de l'obligation".(2) Toutes ces formules, qui visent à distinguer promesse de porte-fort et cautionnement semblent exclure aussi bien toute analogie avec la garantie.

53 - En réalité, cette description que la doctrine française donne de la promesse de porte-fort est moins celle de l'opération prévue par l'article 1120 du Code Civil que celle de l'utilisation qui en est faite habituellement en pratique. Il est vrai que la promesse de porte-fort est surtout utilisée dans le cadre d'un contrat pour autrui dont le porte-fort promet la ratification.(il s'agit le plus souvent d'un représentant qui dépasse ses pouvoirs ou du tuteur d'un incapable proche de la majorité qui veut permettre la conclusion d'un contrat à son profit) Mais ce n'est là qu'un des usages possibles de l'opération. L'article 1120 du Code Civil est rédigé en termes très généraux : "On peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci..." Aussi bien de nombreux auteurs reconnaissent ils qu'on peut se porter fort pour l'accomplissement de toutes espèces de faits susceptibles de former l'objet d'une convention" et en particulier "d'un fait quelconque d'un tiers autre que la ratification d'un contrat"(3) M. Ponsard remarque d'ailleurs que les textes de Pothier qui ont inspiré les rédacteurs du Code Civil distinguaient déjà la promesse de porte-fort appliquée à un fait quelconque, de la promesse de faire ratifier un contrat.(4) Ainsi, conclut cet auteur "se porter fort est le genre, et la promesse de faire ratifier est l'espèce".

54 - Dès lors que son domaine d'application n'est pas limité à la ratification d'un acte juridique, la promesse de porte-fort n'apparaît déjà plus aussi éloignée du "Garantievertrag" allemand ou de l'"indemnity" anglaise.

-oooOooo-

(1) Droit civil, t II, 1er vol, n°251

(2) 2e ed t9, avec la collaboration de G.Lagarde et R.Perrot, 1953, n°936

(3) A.Ponsard, Jcl Civil, art 1120, Promesse de porte-fort, n° 11 et 19; dans le même sens: Marty et Raynaud, op cit n° 251; Gavalda et Stoufflet, La lettre de garantie internationale, précité n° 11 note 6

(4) op cit n° 40- Cette distinction se trouve dans l'article 1120: "sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier"

L'obligation du porte-fort apparaît substantiellement identique à celle du garant ou de "l'indemnitor" : il garanti un certain résultat - l'accomplissement d'une prestation par un tiers - en s'engageant à réparer le dommage causé par la non-obtention de ce résultat. Comme celle du garant ou de l'assureur (1), l'obligation du porte-fort est de nature indemnitaire - ce que souligne expressément l'article 1120 : "sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort...si le tiers refuse de tenir l'engagement". Il est entendu en effet que le porte-fort n'est jamais obligé d'exécuter lui même la prestation garantie, mais seulement de dédommager le créancier.(2) Mais, si la promesse de porte-fort apparaît ainsi fort proche de la garantie indemnitaire, peut-on concevoir, que, comme dans les autres droits européens, elle soit utilisée comme sûreté ?

b/ l'utilisation de la promesse de porte-fort comme sûreté

- 55 - La garantie indemnitaire ne devient une véritable sûreté que si la prestation garantie fait l'objet d'une obligation de la part du tiers; c'est la "bürgschaftsähnliche Garantie" dont parlent les auteurs suisses.(3) Or l'assimilation de ce type de garantie à la promesse de porte-fort semble plus difficile : si la promesse peut, nous l'avons vu, porter sur une prestation quelconque d'un tiers, on suppose toujours, en droit français, que ce tiers n'est jamais personnellement obligé à la prestation. Tous les auteurs français ont dénoncé à ce sujet, la situation éronnée qu'occupe, dans le Code Civil, l'article 1120, présenté comme une dérogation au principe de l'effet relatif des contrats posé à l'article 1119.(4) En réalité, fait-on observer, jamais le tiers n'est engagé par le porte-fort : seul ce dernier est tenu si le tiers n'accomplit pas le fait promis.

-ooo0ooo-

- (1) la promesse de porte-fort est parfois comparée à une assurance dans la doctrine française- cf Aubry et Rau, 6e ed par Bartin, §343ter qui relèvent cependant des différences techniques
- (2) Beudant-Lagarde n° 938
- (3) voir supra n° 40
- (4) Ponsard, op cit n°s; Beudant-Lagarde n°935



56 - Cette analyse - qui est incontestable - n'interdit pas cependant que la promesse de porte-fort puisse être utilisée comme une sûreté personnelle, pour renforcer l'obligation d'un tiers. Si le principe de l'effet relatif des conventions s'oppose effectivement à ce que le tiers soit obligé par la promesse, rien n'empêche qu'il ait contracté, personnellement, par ailleurs, un engagement envers le bénéficiaire de la promesse - engagement que la promesse aurait précisément pour but de garantir. A est créancier de B ; C se porte fort envers B que A exécutera bien la prestation promise ; B se trouve alors créancier à la fois de A débiteur principal et de C, garant.

L'intérêt d'une telle combinaison, par rapport au cautionnement, est que l'obligation du porte-fort est tout à fait indépendante de celle du débiteur originaire. C aurait très bien pu se porter fort alors que B n'était pas du tout tenu ; le fait que B ait, de son côté, contracté une obligation ne change rien à l'obligation de C. Il sera tenu même si l'obligation de B vient à être annulée ou à s'éteindre. Nous sommes bien en présence d'une sûreté personnelle non accessoire.

57 - La doctrine française a, très récemment, fait quelques allusions à cette utilisation possible du porte-fort comme sûreté à propos des garanties bancaires "à première demande".(1) On peut s'étonner que cette utilisation n'ait pas été envisagée plus tôt, et que l'on n'ait pas construit en France une théorie analogue à celle qui s'est développée dans les pays germaniques. Le texte de notre article 1120 n'est pas en définitive, si éloigné de l'article 111 du Code des obligations suisse : "Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers est tenu à des dommages intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers". Or on sait le parti que la doctrine et la jurisprudence suisses ont tiré de ce texte.

Il semble que, dans sa lecture de l'article 1120, la doctrine française ait été victime d'une propension habituelle à orienter la théorie générale des obligations autour de leur naissance, en délaissant quelque peu les problèmes liés à leur exécution. La promesse de porte-fort a tout naturellement été conçue comme devant s'appliquer à la conclusion d'un contrat,

-oooOooo-

(1) Gavalda-Stoufflet, art précité n°11; les garanties bancaires nous semblent cependant éloignées de la promesse de porte-fort - voir infra n° 137s

et non à l'exécution de ce contrat. Par ailleurs, les auteurs français ont peut être été tellement obnubilés par l'idée de démarquer l'article 1120 du problème de l'effet relatif des contrats, en démontrant que le tiers n'est pas engagé par la promesse, qu'ils n'ont pas imaginé qu'il puisse l'être par ailleurs...

On peut aussi penser, bien sûr, que l'utilisation de la promesse de portefort comme sûreté ne présentait pas en France d'intérêt pratique et faisait doublé emploi avec le cautionnement. De fait, la plupart des raisons qui ont amené, dans d'autres droits européens, un développement du concept de garantie, ne se retrouvent pas en droit français. Nous allons voir cependant que, même en France, certains mécanismes de garantie bien connus par la pratique ou par la doctrine auraient pu être rattachés à l'idée de portefort. Ils rejoignent les applications pratiques de la garantie indemnitaire dans les autres droits.

## SECTION 2 - Les applications pratiques de la garantie indemnitaire.

58 - Au XIX<sup>e</sup> siècle, à l'époque du développement de l'industrie et des transport, la garantie a connu de nombreuses applications en Allemagne et en Suisse notamment sous la forme des garanties de dividendes octroyées par l'Etat aux actionnaires de certaines sociétés pour encourager le développement de leur activité, ou encore des garanties de recettes données aux organisateurs de grandes expositions. Ce sont là les exemples donnés par Stammer, pour qui la garantie avait pour but d'inciter le bénéficiaire à se lancer dans une activité risquée et à laquelle le garant avait un intérêt. (1) Ces "garanties d'incitation" (Anmiergarantien) (2) peuvent encore se rencontrer dans la pratique (3), mais, actuellement, plus nombreux sont les cas où la garantie est utilisée comme sûreté pour renforcer l'obligation d'un tiers envers le bénéficiaire - (Sicherungs-garantien) (4) et c'est seulement ce type d'applications pratiques qui nous intéresse. La garantie est parfois utilisée directement, comme substitut du cautionnement (§1). Mais elle apparaît aussi, indirectement, à travers certains mécanismes qui en sont dérivés. (§2)

-oooOooo-

(1) Stammer, art précité p1s

(2) Bär, op cit, p 10

(3) Kleiner, Bankgarantie, p33s; Guhl, op cit § 22

(4) Bär, p 7s- Leterme de "Sicherungs garantie" est difficilement traduisible en français, car il est composé de deux mots qui signifient "garantie", l'un au sens large, l'autre au sens étroit

31 - Les utilisations directes de la garantie.

59 - La garantie indemnitaire est, traditionnellement, utilisée à la place du cautionnement lorsque cette sûreté apparaît insuffisante pour protéger le créancier. La garantie est en effet, à plusieurs égards, plus avantageuse pour son bénéficiaire que le cautionnement. Tout d'abord, il s'agit d'une institution non réglementée par les différentes législations nationales et par conséquent non soumise à la réglementation légale, souvent restrictive du cautionnement. Ce n'est pas un hasard si la garantie indemnitaire ne s'est pas développée en France - où le cautionnement est réglementé d'une manière assez souple - mais dans des pays où la législation protectrice de la caution constitue une gêne considérable pour le créancier. C'est ainsi que le "Garantievertrag" a pu être utilisé, en Allemagne et en Suisse, pour tourner les règles de forme applicables au cautionnement (1) ; de même, en Angleterre, "l'indemnity" permet au créancier d'échapper au "Statute of Frauds"(2) qui exige que l'engagement de la caution soit donné par écrit. C'est d'ailleurs le plus souvent sous l'angle de l'application des règles de forme que la jurisprudence, dans ces trois pays, a eu d'abord l'occasion de connaître du contrat de garantie, le créancier invoquant l'existence d'un tel contrat pour échapper à la nullité d'un cautionnement consenti sans formes.(3)

Nous n'insisterons pas, cependant, sur cette utilisation de la garantie indemnitaire. D'abord, il faut remarquer que la jurisprudence joue ici le rôle d'un miroir déformant de la pratique contractuelle : l'argumentation tirée du contrat de garantie n'est le plus souvent développée par le créancier que pour les besoins de la cause ; il est rare, en pratique, que les parties aient songé a priori à recourir à la garantie pour tourner les règles de forme du cautionnement. Ensuite, cette utilisation de la garantie

-oooOooo-

- (1) Bär, op cit, p 10; Gilliéron, op cit, p 5; le problème s'est surtout posé en Suisse à la suite de la révision du Code des Obligations de 1941, qui a posé des règles de forme draconiennes (art 493 et 494 CO). En Allemagne, le cautionnement doit simplement être passé par écrit (§ 766 BGB)
- (2) Statute of frauds (1677, réformé en 1954), art 4; sur l'utilisation de l'"indemnity" pour échapper aux règles posées par ce texte, voir: Engelhard-Grosjean, thèse précitée, p 57s
- (3) voir ainsi en droit anglais: Mounstephen v Lakesman, 1871 (LR 7 QB 196), cité par Engelhard-Grosjean, p 58; en droit suisse, voir les nombreuses décisions citées par Bär, p 14

est purement contingente et tient uniquement aux particularités des diverses législations nationales relatives au cautionnement, elle n'est donc pas spécialement intéressante pour le juriste français. Enfin, la garantie n'est pas ici utilisée comme technique spécifique : elle n'est pas choisie par les parties à raison de ses qualités propres, mais uniquement parce qu'elle permet d'échapper à la réglementation d'une autre sûreté.

60 - L'intérêt spécifique de la garantie - et, en droit français, du porte-fort utilisé comme sûreté - tient à son caractère non accessoire, qui va permettre au garant de couvrir des risques plus étendus que la caution. La caution, parce qu'elle peut opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal (article 2036 du Code Civil, 502 du Code des obligations suisse, 768 du BGB, 1945 du Code Civil italien), cesse d'être tenue si le débiteur principal n'est pas lui-même obligé. Elle ne peut donc couvrir que le risque d'insolvabilité du débiteur, à l'exclusion des risques d'annulation ou d'extinction de la créance.

Le garant non accessoire, en revanche, va devoir payer le créancier dès lors que la prestation qui lui était promise n'a pas été exécutée, quelle qu'en soit la cause. Il couvre, selon l'expression d'un auteur, non seulement le risque de "non-pouvoir" mais aussi celui de "non-devoir".(1) Ceci se révèle bien à travers certaines applications pratiques de la garantie indemnitaire, où celle-ci est utilisée tantôt pour renforcer une obligation menacée d'annulation (A), tantôt pour protéger le créancier contre le risque d'extinction de sa créance.(B)

A - La garantie d'une obligation menacée d'annulation

61 - Le cas typique d'utilisation de la garantie pour couvrir le risque d'annulation de l'obligation principale est celui de l'incapacité du débiteur principal. A l'utilisation de la garantie dans les droits étrangers (a) correspond d'ailleurs dans ce cas, en France, le recours à

-oooOooo-

(1)

son équivalent, la promesse de porte-fort.(b)

a/ droit comparé

62 - En droit Allemand, Suisse et Anglais, le cautionnement d'une dette d'un incapable est considéré comme impossible parce que la nullité de l'obligation principale ferait tomber l'obligation de la caution. Mais il est toujours possible de conclure un contrat de garantie ou d'indemnity, le garant restant tenu même si le débiteur principal ne l'est pas.

Cette possibilité d'utiliser la garantie est expressément prévue par l'article 492 du Code des obligations suisse ( dont la portée dépasse d'ailleurs le seul cas d'incapacité). Ce texte dispose : "quiconque déclare garantir la dette résultant d'un contrat qui, par suite d'erreur ou d'incapacité n'oblige pas le débiteur, en répond aux conditions et d'après les principes applicables en matière de cautionnement, s'il connaissait, au moment où il s'est engagé, le vice dont le contrat était entaché. La même règle s'applique à celui qui s'engage à garantir l'exécution d'une dette prescrite pour le débiteur". Bien que ce texte soit assez ambigu, la doctrine suisse considère en général que ce texte ne consacre pas la possibilité du cautionnement d'un incapable, mais qu'il vise un contrat de garantie distinct du cautionnement (même si, exceptionnellement, on applique à ce contrat les règles du cautionnement).(1)

63 - En Angleterre, l'utilisation de l'indemnity à la place du cautionnement pour garantir les dettes d'un incapable a donné lieu à une jurisprudence souvent citée et commentée.(2) La Court of Appeal, dans l'arrêt *Coutts an co v. Brown lecky* (1946) (3), avait estimé que la nullité de contrat de prêt consenti par une banque à un mineur entraînait celle du cautionnement de ce prêt. Cette décision avait été généralement critiquée car toutes les parties, en l'espèce, connaissaient l'incapacité du débiteur principal : dès lors on pouvait voir dans le contrat malgré le terme de "guarantee" qui y était employé, un contrat d'indemnity et non un cautionnement.(4) Ce point de vue a été finalement consacré par la jurisprudence dans

-oooOooo-

- (1) Kleiner, Bankgarantie p 85 ; Bär, op cit p 9 ; Scyboz, op cit, p 19 - sur l'interprétation de ce texte voir aussi : von Caemmerer art précité n° III
- (2) voir : T C Hartley, étude précitée, n° 18 s ; Engelhard-Grosjean, thèse précitée p 38 et s.
- (3) 2 A 11. ER 207 ; Halsbury's law of England vol 18 p 422, § 785
- (4) Hartley, op cit n° 19

L'arrêt *Yeoman Crédit U D v. Latter.* (1961) (1) La doctrine anglaise explique également par le contrat d'indemnity les décisions qui ont admis que les dirigeants ayant "cautionné" les engagements d'une société sont tenus même si le contrat a été passé ultra vires et que, par conséquent, la société n'est pas tenue (*Yorkshire Railway Wagon Co v. Mac Lure* 1881)(2). L'indemnity permet ici de couvrir l'absence d'obligation principale tenant, non plus à l'incapacité mais à l'absence de pouvoir du représentant.

b/ droit français

64 - Les solutions qui précèdent sont particulièrement intéressantes pour le juriste français car elles confirment l'analogie que nous avons admis entre la garantie indemnitaire et la promesse de porte-fort de l'article 1120 du Code Civil.

Qu'en est-il en effet, en droit français, du "cautionnement" des incapables ? On sait qu'il existe sur ce point une disposition particulière dans le droit du cautionnement ; c'est l'article 2012 alinéa 2 : "on peut cautionner une obligation encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé par exemple dans le cas de minorité." Ce texte, selon une doctrine unanime, ne s'applique que dans le seul cas d'incapacité.(3) Or, pour tous les auteurs, cette dérogation apparente au caractère accessoire du cautionnement s'explique parce que l'on n'est pas en présence, en réalité, d'un cautionnement mais d'une promesse de porte-fort (4) - d'où l'on déduit, en particulier que la "caution" doit avoir eu connaissance, au moment de son engagement, de l'incapacité du débiteur.(5) L'analogie entre le porte-fort et le "Garantievertrag" ou l'indemnity est ici particulièrement claire.

65 - Il est vrai que, dans cette hypothèse, la doctrine française n'envisage pas vraiment d'utilisation de la promesse de porte-fort comme sûreté de la même manière qu'on le fait, ailleurs, pour la garantie. En France,

-oooOooo-

(1) 2 A 11 ER 294

(2) 19 ch D 478

(3) Beudant-Lerebours Pigeonnière par Voirin n° 85 ; Aubry et Rau par Esmein §425-426 et note 15 ; Planiol-Ripert - Savatier n° 1518 ; Ripert-Boulanger n° 1876 ; Simler, JCL civil Cautionnement fasc B n° 72 ; Mouly, thèse précitée n° 221

(4) Beudant par Voirin n° 85 ; Aubry et Rau par Esmein et Ponsart 7<sup>ème</sup> ed n° 221 § 424 - Ripert-Boulanger n° 1876 ; Simler, op cit n° 85 ; Jestaz, Enc Dalloz V<sup>o</sup> Cautionnement n° 57 ; Mouly, thèse précitée n° 220

(5) La jurisprudence n' s'est jamais prononcée nettement sur cette question ; voir : Paris 20 mars 1956, JCP 1956-II-9401 note P. Mazeaud

on décompose en deux temps l'opération de l'article 2012 alinéa 2 (1) : la pseudo-caution se porterait fort de la ratification du contrat par le mineur devenu capable, (ce qui n'est, après tout, que l'utilisation classique de la promesse de porte-fort) et, subsidiairement, pour le cas où cette ratification aurait lieu, elle cautionnerait l'exécution de l'obligation ainsi assumée par le débiteur principal. Celui qui s'est engagé à côté de l'incapable pourrait être tenu en deux qualités bien distinctes : en tant que porte-fort, tenu d'indemniser le bénéficiaire si l'incapable invoque la nullité de son engagement ; en tant que caution si, tout en reconnaissant son obligation, l'incapable ne pouvait l'exécuter. Il y aurait deux contrats en un : une promesse de porte-fort couvrant le risque d'annulation du contrat et un cautionnement conditionnel couvrant le risque d'insolvabilité du débiteur.

Cette analyse est bien artificielle. En réalité, dans l'esprit des parties, l'engagement de la pseudo-caution est indivisible : elle promet de payer le créancier, dès lors que la prestation promise par l'incapable n'aura pas été accomplie, sans distinguer selon que l'incapable était ou non juridiquement obligé à cette prestation. Parce que la créance principale est menacée d'annulation, celui qui s'engage aux côtés de l'incapable, et qui entend précisément couvrir ce risque, garantit non pas la créance (cautionnement) mais la prestation (garantie). C'est bien ici, la promesse de porte-fort, et elle seule, qui est utilisée comme sûreté.

66 - Il faut bien voir ce que signifie ici, pour le garant, la couverture du risque d'annulation de l'obligation principale. Si l'incapable refuse de "tenir l'engagement" en invoquant sa nullité, le garant devra indemniser le créancier et il n'aura, alors, aucun recours : ni contre le débiteur qui par hypothèse n'est pas tenu - ni contre le créancier qui a précisément entendu se garantir contre le risque d'annulation. Cette utilisation de la garantie indemnitaire (ou de la promesse de porte-fort) comme sûreté illustre bien l'incidence du caractère non accessoire de l'engagement du garant sur sa contribution à la dette.

Il en va de même lorsque la garantie est utilisée pour couvrir le risque d'extinction de l'obligation principale.

-oooOooo-

(1) Mouly, thèse précitée n° 221

B - La garantie d'une obligation menacée d'extinction .

67 - L'hypothèse est qu'il "existe d'avance des risques exceptionnels qui affectent l'existence de la créance à garantir et qui sont connus des deux parties". Par exemple, l'obligation est menacée d'extinction par un cas de force majeure ou - dans les systèmes juridiques qui admettent l'imprévision - par certains bouleversements économiques. Le cautionnement d'une telle obligation ne protège pas le créancier contre ces risques puisque son sort suit celui de l'obligation principale. La garantie d'indemnisation va en revanche pouvoir être utilisée pour prémunir le créancier contre ces événements extraordinaires : le garant tenu à titre non accessoire restera obligé alors même que le débiteur principal sera libéré - (à moins bien entendu que la force majeure ou les bouleversements économiques n'affectent aussi la propre obligation du garant).

Cette application de la garantie indemnitaire paraît surtout intéressante dans le cadre des opérations du commerce international. Comme nous l'avons vu à propos de l'assurance-crédit, ce type d'opérations fait naître à côté du risque normal d'insolvabilité du débiteur, certains risques politiques et économiques qui affectent l'existence même de la créance et qui ne sauraient être couverts par le cautionnement, contrat accessoire. C'est pourquoi on a tout naturellement songé - à côté de l'assurance-crédit - à l'utilisation possible de la garantie indemnitaire.

68 - On trouve un excellent exemple de cette utilisation dans un arrêt célèbre de la jurisprudence suisse, rendu par le Tribunal Fédéral en 1949 dans l'affaire Gondrand.(1)

Dans cette affaire, une société suisse avait acheté à la maison roumaine Cerderex, au cours de la seconde guerre mondiale, cinq mille tonnes de son, une partie du prix avait été versé sur présentation de documents établissant l'expédition de la marchandise, le solde devant être payé moyennant qu'une maison d'expédition "de premier rang" garantisse une livraison franche de tous frais. Cette garantie avait été donnée par la société Gondrand-Suisse dans les termes suivants : "nous (Gondrand) vous (acheteur) confirmons par la présente déclaration de garantie irrévocable, que nous pourrions

-oooOooo-

(1) Recueil des arrêts du Tribunal Fédéral (RO) 75, 1949, II, p 49 et s ; Oftinger-Jeanprêtre, Grands arrêts de la jurisprudence suisse.



vous faire livrer la marchandise susmentionnée". Ayant payé le solde du prix et n'ayant pas reçu la marchandise, l'acheteur actionna Gondrand qui plaida, pour se dégager, que son engagement était un cautionnement, nul, faute d'indication du montant total à concurrence duquel la caution était tenu. Mais le tribunal fédéral estima qu'il s'agissait en réalité, non d'un cautionnement, mais d'un contrat de garantie ou porte-fort, non soumis aux formalités de l'article 493 du Code des obligations.

69 - Les attendus de cette décision méritent d'être largement cités car ils révèlent clairement l'intérêt du contrat de garantie par rapport au cautionnement. L'arrêt commence par rappeler que "cautionnement et garantie se distinguent en ce que le premier est purement accessoire tandis que le second engendre une prestation indépendante de la prestation promise du tiers", et que, en conséquence, "dans le contrat de garantie, le promettant entend fournir sa prestation et la doit fournir même si l'obligation principale, à savoir celle du tiers, disparaît. Et en ce cas, le bénéficiaire de la garantie jouit d'une couverture pour des risques dont le tiers ne répond point". Le Tribunal relève ensuite qu'en l'espèce, l'acheteur couvrirait non seulement le risque usuel que le vendeur n'exécute pas son obligation, mais qu'il s'exposait en outre à l'incertitude de la bonne arrivée en Suisse, à cause du transport à travers un pays occupé par des troupes de guerre.; et c'était précisément contre ce risque particulier que l'acheteur avait entendu se prémunir en réclamant une garantie d'une maison de premier rang. Dès lors, l'obligation assumé par la société Gondrand ne pouvait pas être identique à celle du débiteur roumain : "Que si, en effet, la défenderesse n'avait pas pris d'autre engagement que Cerderex, c'est-à-dire si elle s'était obligée accessoirement, elle eût été en droit d'opposer à la demanderesse toutes les exceptions compétant à la venderesse. Il lui aurait été par exemple loisible...en cas de perte de la marchandise pendant le transport, de se retrancher derrière le passage des profits et des risques à l'acheteur... Or c'est là précisément ce que la déclaration de garantir avait pour fin d'empêcher. Son but était visiblement de fortifier la position de la demanderesse et cela, non seulement en lui permettant de faire valoir ses droits en Suisse, mais encore en la préservant du risque d'être entravée dans son action par des exceptions

de la venderesse... L'engagement de la défenderesse était donc une promesse indépendante de la prestation qui n'étant pas de nature accessoire, doit être considérée comme un porte-fort au sens de l'article 111 du Code des obligations".

70 - Depuis cet arrêt, qui date de 1949, on a vu se développer considérablement l'utilisation des "garanties" dans le commerce international. C'est le plus souvent une banque -exceptionnellement une compagnie d'assurance - qui, à la demande de son client, garantit un importateur ou un maître d'ouvrage étranger contre les risques de mauvaise exécution d'un marché. C'est dans ce cadre que se sont développées les clauses "à première demande" qui ont servi de point de départ à nos développements. Ces clauses conférant à l'engagement de la banque un caractère non accessoire, il était naturel que l'on songe à rattacher les garanties bancaires à la garantie indemnitaire traditionnelle. Beaucoup d'auteurs ne font même pas la distinction et semblent considérer comme allant de soi qu'il s'agisse du même mécanisme.(1)

Nous ferons observer, cependant, que la situation de la banque garante à première demande n'est pas du tout la même que celle d'un garant indemnitaire. Dans l'affaire qui vient d'être étudiée, la société Gondrand entendait, nous dit le Tribunal Fédéral, couvrir le bénéficiaire de la garantie pour des risques dont le débiteur ne répondait pas ; il en résulte nécessairement, si de tels risques s'étaient réalisés, que Gondrand aurait dû supporter la charge définitive de la dette, faute de recours possible. Telle n'est pas, à l'évidence, la situation de la banque garante même "à première demande" : celle-ci n'entend jamais contribuer juridiquement à la dette parce qu'elle n'entend pas couvrir le risque d'extinction de celle-ci. C'est pourquoi nous étudierons les garanties bancaires du commerce international dans la deuxième catégorie de sûretés non accessoires, celles qui n'affectent pas la contribution à la dette.(2)

On peut se demander en revanche, si certaines sûretés personnelles, bien que n'ayant pas la dénomination de "garantie", ne sont pas étroitement apparentées à la garantie indemnitaire.

-oooOooo-

(1) voir supra n° 139

(2) voir infra n° 128 et s

§2 - Les sûretés apparentées à la garantie indemnitaire.

- 71 - Nous songeons ici aux mécanismes de garantie, bien connus de la pratique, qui portent le nom de "ducroire" et dont personne, en France tout au moins, n'a jamais bien cerné la nature juridique. Il nous semble que dans un cas au moins, le ducroire du commissionnaire (A), on peut soutenir une analogie avec la garantie indemnitaire ou avec le porte-fort. Nous serons plus réservés en ce qui concerne le ducroire de banque.(B)

A - Le ducroire du commissionnaire.

- 72 - Normalement, le commissionnaire n'est pas responsable envers le commettant du préjudice que celui-ci peut subir du fait de l'inexécution du contrat par le tiers qui a traité avec le commissionnaire. Celui-ci peut cependant, par une clause spéciale du contrat de commission, et moyennant une rémunération plus élevée, s'engager à couvrir ce préjudice : c'est le ducroire (1). Cette clause est fréquente dans la commission de vente : elle met à la charge du commissionnaire les risques d'insolvabilité du tiers acquéreur et l'oblige dans tous les cas à payer au commettant le prix des marchandises dans le délai convenu. Dans la commission d'achat où elle est plus rare, la clause de ducroire garantit au commettant la livraison des marchandises à l'époque fixée : le commissionnaire s'engage à indemniser le commettant du préjudice qu'il pourrait subir du fait du retard ou du défaut de livraison.

Née d'usages commerciaux fort anciens, la clause de ducroire n'est pas réglée par le législateur français - au contraire de nombreux droits étrangers, où, cependant, l'existence d'une réglementation légale n'étouffe pas les controverses doctrinales qui ont surgi, notamment, sur la nature juridique de l'engagement du commissionnaire ducroire.

-oooOooo-

(1) voir : Ripert-Roblot t II 9ème ed 1981 n° ; JCL Commercial art 94-95, Commission, fasc I (9, 1979) par A. Benabent, n° 108 à 116 ; Boulic, Enc Dalloz, Droit commercial, 2ème ed, V° Commission 1972 ; Le contrat de commission, Etudes de droit commercial sous la direction de J. Hamel, Dalloz 1949 ; Les obligations du commissionnaire et les garanties du commettant par F. Derrida, p 105 s ; Le commissionnaire ducroire par F. Goré, p 281 s.

73 - Une opinion fréquemment soutenue est que la clause de ducroire est un cautionnement.(1) Le commissionnaire ducroire cautionnerait l'exécution de l'obligation du tiers contractant. La cour de cassation française semble avoir, dans un arrêt ancien, consacré cette analyse.(2)

Plusieurs arguments, cependant, militent contre cette assimilation, dont le principal consiste à observer que le cautionnement suppose une obligation principale à garantir.(3) Or le tiers contractant, qui n'a été en relations qu'avec le commissionnaire n'est pas - du moins dans l'opinion traditionnelle - tenu directement envers le commettant, celui-ci n'est donc pas dans la situation d'un créancier dont la créance serait garantie par une caution ; il n'a qu'un débiteur qui est le commissionnaire. L'argument, il est vrai, a quelque peu perdu de sa valeur aujourd'hui, car la doctrine tend à reconnaître au commettant une action directe contre le tiers contractant fondée sur un procédé de représentation imparfaite (4) ; il existerait donc bien entre le commettant et le tiers un lien d'obligation susceptible de servir d'appui au cautionnement. On observera néanmoins que l'existence de ce lien direct n'est pas unanimement reconnue et que, de toute façon, elle n'a été suggérée que de manière récente.(5) Cela suffit à montrer que le ducroire n'a pas été conçu, à l'origine, comme un engagement accessoire à une obligation principale du tiers ; l'assimilation à un cautionnement apparaît dès lors comme une explication a posteriori un peu artificielle.

74 - C'est précisément pour tenir compte du caractère non accessoire de l'engagement du commissionnaire ducroire qu'on l'a parfois analysé comme une assurance, plus précisément comme une forme d'assurance-crédit.(6) Mais on peut là encore faire valoir quelques objections. Il est clair que le ducroire sort du domaine de l'assurance-crédit telle qu'elle est généralement pratiquée (7), et que le commissionnaire, qui donne sa garantie de manière isolée, n'a rien de commun avec un assureur qui répartit les risques entre ses différents clients. D'autre part, sur le plan de la technique juridique il existe une différence essentielle entre les deux opérations, tenant à

-oooOooo-

- (1) Wahl, Précis théorique et pratique de droit commercial, n° 1351 ; Derrida, art précité p 107 s.
- (2) Reg 6 mars 1935, S 1935;1, 210
- (3) Lyon-Caen et Renault, t III n° 452 ; Escarra et Rault t III n° 715 ; Goré art précité p 286 ; Bouloc, op cit, n° 108 ; Benabent, op cit, n° 108.
- (4) Starck, Les rapports entre le commettant et le tiers, Etudes Hamel, précitées p 166 ; Derrida, art précité p 108 ; Boulox, op cit n° 132
- (5) un arrêt ancien de la cour de cassation (Civ 14 juin 1892, DP 1893, 1-500) s'était prononcé en sens contraire.
- (6) Lyon-Caen et Renault, t III n° 452 ; Thaller et Percerou, t I n° 1128
- (7) Goré, art précité p 301.

la rémunération du garant : tandis que la prime est un élément essentiel du contrat d'assurance, la commission spéciale de ducroire peut être exclue par convention ; surtout, cette commission n'est pas du tout calculée comme une prime d'assurance, en fonction de l'importance des risques courus mais, selon les risques commerciaux proportionnellement au montant du contrat. C'est pourquoi on peut conclure, avec M. Bouloc, que "psychologiquement la convention ducroire procure la même sécurité qu'une assurance, mais l'assimilation est impossible sur le plan technique". (1)

75 - Pourquoi alors ne pas considérer le ducroire du commissionnaire comme une application de la garantie indemnitaire - ou en droit français, de la promesse de porte-fort ? Pour certains auteurs français, la clause de ducroire constitue simplement une clause d'aggravation de la responsabilité du commissionnaire. (2) Mais cette responsabilité supplémentaire qui est ainsi mise à la charge du commissionnaire ducroire est une responsabilité du fait d'un tiers, qui sera engagée dès lors que le tiers n'a pas exécuté le fait promis sans qu'il soit besoin de démontrer une quelconque faute du commissionnaire. On s'aperçoit que nous sommes exactement dans le cadre de l'obligation indemnitaire du porte-fort : le commissionnaire ducroire se porte fort de l'exécution du contrat par le tiers contactant ; à défaut il devra indemniser le commettant, bénéficiaire de la promesse. La considération que le tiers soit ou non directement obligé envers le commettant est alors de peu d'importance puisque de toute façon c'est la prestation qui est promise, et non l'obligation qui est garantie. Cette explication a l'avantage de se raccorder parfaitement aux origines historiques de la convention de ducroire. Ce n'est sans doute pas un hasard en effet, si on rattache parfois la clause de ducroire à la *promissio indemnitalis* du droit romain (3) : c'est précisément, on le sait, de cette institution qu'est née en Allemagne, la garantie indemnitaire.

76 - On nous objectera peut être qu'il est vain de chercher à rendre compte par un mécanisme juridique classique du droit civil d'une convention

-ooo0ooo-

(1) Bouloc, op cit, n° 110

(2) Benabent, op cit n° 111

(3) Goré, art précité p 284 ; Ripert-Roblot, t II, n° 2369 qui notent cependant que cette origine historique n'est pas démontrée.

qui a été forgée, au cours des siècles, par les usages commerciaux et c'est pourquoi une grande partie de la doctrine récente ne cherche pas à classer le ducroire dans un type particulier de contrat mais y voit une institution originale destinée à assurer la garantie du commettant (1). Cependant l'analyse que nous proposons présente un certain intérêt pratique. Elle permet de résoudre l'épineuse question de l'étendue de la responsabilité du commissionnaire. On se demande si le commissionnaire ducroire est tenu lorsque l'inexécution des obligations du tiers est due à un cas de force majeure.(2) Il nous semble que cette question ne doit pas recevoir une solution uniforme dans tous les contrats : tout dépend, en réalité, de l'intention des parties. Mais, à défaut de stipulation contraire, le caractère non accessoire de l'obligation du commissionnaire ducroire conduit à admettre qu'il est tenu même si le tiers est libéré par suite d'un cas de force majeure : étant un garant indemnitaire et non une caution, il garantit normalement plus que le risque d'insolvabilité du débiteur. Plusieurs décisions de cours d'appel sont en ce sens (3) et cette solution est approuvée par la doctrine dominante qui y voit la manifestation la plus nette de la différence entre le ducroire et le cautionnement.(4)

Sur ce point, la solution n'est sans doute pas la même lorsque le ducroire désigne une convention de garantie bancaire, en dehors du contrat de commission.

#### B - Le ducroire de banque.

- 77 - En dehors du cadre du contrat de commission, on utilise le terme de "ducroire" pour désigner un contrat par lequel une banque garantit un vendeur de marchandises contre l'insolvabilité de son acheteur.(5) Le contrat de ducroire est apparu dans les relations commerciales internationales,

-oooOooo-

- (1) Ripert-Roblot n° 2369 ; Goré, art précité p 302 ; Bouloc, op cit n° 110
- (2) sur cette question voir en particulier : Goré op cit p 300 ; Benabent, op cit n° 116
- (3) Toulouse 27 novembre 1869, DP 1870-2-118 ; Douai 9 juin 1932, S1932,2,40 ; contra Paris 20 mai 1926 ; Gaz Pal Tables 1925-1930 V° Commissionnaire en marchandises n° 26 - comp : Reg 6 mars 1935, S 1935(1-210
- (4) Escarra et Rault t 2 par Hémard n° 715 ; Bouloux, op cit, n° 112 ; Goré, art précité p 300 - contra : Ripert-Roblot n° 2655 ; Derrida, art précité p 108
- (5) Ripert-Roblot t II 9 ème ed 1981 n° 2409 s ; Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, n° 504 ; De Juglart et Ippolito, Droit commercial, vol 4, 2 ème ed 1979 n° 1696 ; Goré , art précité p 285 et s.

dans des situations où le vendeur connaissait mal son acheteur et n'acceptait de lui faire crédit que moyennant une garantie bancaire. Très pratiqué autrefois dans le commerce des cotons, lins et chanvres avec l'Egypte ou l'Inde, il est aujourd'hui beaucoup plus rare car il est remplacé par le crédit documentaire.(1)

Le ducroire de banque est une garantie donnée par un procédé cambiaire. Le procédé le plus utilisé est celui de l'escompte à forfait (2) (appelé "forfaitage" dans la pratique des banques suisses) : le vendeur tire une traite sur son acheteur qui l'accepte ; cette traite est escomptée par le banquier qui "fait le forfait" de la signature de l'acheteur, c'est à dire qui renonce à tout recours contre le tireur en cas de non paiement par le tiré. Un autre procédé, plus complexe et moins utilisé, est celui du double tirage (3), dans ce cas, le vendeur tire deux traites, une sur l'acheteur et l'autre sur le banquier garant ; la première traite acceptée par l'acheteur est adressée au banquier qui accepte donc à son tour la seconde traite tirée sur lui et la remet au tireur qui pourra facilement l'escompter. Le banquier conserve la première traite en renonçant à son recours contre le tireur ; cette traite lui permettra à l'échéance de demander le paiement au tiré et de récupérer ainsi ce qu'il a pu déboursier en qualité de tiré de l'autre traite.

Dans les deux procédés, l'essentiel du mécanisme consiste dans la renonciation par le banquier à son recours contre le tireur. Celui-ci, exonéré de toute responsabilité en cas de non paiement de la traite se trouve ainsi garanti contre l'insolvabilité du tiré.

78 - Cette garantie apparaît, dans la plupart des cas, comme une garantie non accessoire, le banquier qui se porte ducroire n'ayant pas la possibilité, en principe, d'opposer les exceptions tirées du contrat de vente. Dans l'escompte à forfait, cela tient à ce que le paiement du vendeur intervient de manière anticipée, alors qu'on ignore encore comment se déroulera l'opération garantie : peut-être que, par la suite, ce contrat sera résolu en raison d'un manquement du vendeur à ses propres obligations ou d'un cas de force majeure, peut être l'acheteur pourrait-il opposer la

-oooOooo-

(1) Gavalda et Stoufflet, op et loc cit

(2) J.C.Groslière, Enc Dalloz Droit commercial, V° Escompte, 1973, n° 93; Ripert et Roblot, n° 2410; Goré, opcit p 286

(3) Goré, op et loc cit; Ripert et Roblot, n° 2411

compensation à son vendeur ou faire annuler le contrat pour vice du consentement...le banquier n'en aura pas moins, dans un premier temps effectué le règlement du vendeur. Son obligation, née de la cession qui lui est faite de la lettre de change, apparaît bien indépendante de celle de l'acheteur. Dans le double tirage, cette indépendance découle des règles du droit cambiaire : le banquier qui a accepté la lettre de change tirée sur lui ne pourra pas opposer au porteur de cette lettre les exceptions tirées du rapport fondamental.

78 - On est alors tenté de rapprocher le ducroire de banque du ducroire  
bis du commissionnaire et, au delà, de la garantie indemnitaire.(1) L'analogie nous apparaît cependant superficielle, car l'indépendance de l'engagement du banquier ducroire n'a pas du tout la même portée que celle du commissionnaire ou du garant indemnitaire. Que se passera-t'il en effet lorsque le banquier aura payé le vendeur ? Il pourra, à l'échéance, agir cambiairement contre le tiré : il risque, certes, de se heurter à l'insolvabilité de celui-ci et, n'ayant pas de recours contre le tireur, c'est lui qui va supporter ce risque ; en revanche, toujours par application de la règle cambiaire de l'inopposabilité des exceptions, il ne pourra se voir opposer par le tiré l'absence ou la disparition de la dette principale. Le tiré devra, même s'il ne devait rien, rembourser le banquier, sauf évidemment, à se retourner ensuite contre le tireur, son cocontractant. Ce dernier est donc garanti uniquement contre l'insolvabilité de l'acheteur mais non pas contre le risque d'absence ou de disparition de la créance. C'est pourquoi en définitive, malgré l'identité de terminologie, le ducroire de banque nous apparaît une sûreté bien différente du ducroire du commissionnaire.

'Comme toutes les sûretés bancaires, le ducroire est une sûreté où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution du garant à la dette. C'est ce type de sûretés qu'il nous faut maintenant examiner.

-oooOooo-

(1) la garantie du banquier ducroire a été souvent rapprochée d'une assurance : Goré op cit p 286 ; Gavalda et Stoufflet, op et loc cit - Les arguments contre ce rapprochement sont les mêmes que pour le ducroire du commissionnaire cf M. Denis-Linton, thèse précitée n° 173.



TITRE SECOND

-oooOooo-

ES SURETES OU L'ABSENCE DE CARACTERE ACCESSOIRE  
N'AFFECTE PAS LA CONTRIBUTION A LA DETTE.

79 - Il arrive souvent en pratique qu'une personne, s'engage à payer la dette d'autrui, sans pouvoir néanmoins opposer au créancier les exceptions relatives à cette dette. Ce n'est pas qu'elle entende supporter définitivement la charge de la dette dans des cas où le débiteur ne serait pas lui-même tenu : au fond, tout comme un garant tenu à titre accessoire cette personne n'entend couvrir que le risque d'insolvabilité du débiteur, à l'exclusion des risques d'annulation ou d'extinction de la créance. C'est seulement pour des raisons de commodité que l'on renonce, provisoirement, à l'opposabilité des exceptions tirées de l'obligation principale. C'est que le créancier n'entend pas seulement être protégé contre l'insolvabilité définitive du débiteur ; il recherche aussi une exécution ponctuelle de sa créance. Même si le débiteur a des biens suffisants pour répondre de son engagement, le défaut d'exécution à l'échéance peut avoir pour le créancier des conséquences catastrophiques. De ce point de vue, les sûretés personnelles, dont la mise en oeuvre peut se faire immédiatement, à l'échéance, et avec le minimum de formalités, présentent un avantage certain sur la plupart des sûretés réelles, dont la réalisation suppose l'appréhension et la vente des biens du débiteur. Mais encore faut-il, pour que cet avantage soit décisif, que le garant n'ait pas trop de moyens pour retarder le paiement du créancier. Or, même si ce garant n'est pas de mauvaise foi,

-oooOooo-

même s'il est parfaitement solvable, il acceptera rarement de payer le créancier aussitôt que celui-ci le lui demandera. Etant, par hypothèse un tiers non intéressé à la dette, et n'étant pas nécessairement au courant des relations entre le débiteur et le créancier, le garant voudra du moins, avant de payer, s'assurer que le créancier a bien le droit de recevoir ce paiement, que le débiteur n'a pas d'exceptions à faire valoir contre lui. Ainsi, pour ne pas courir le risque d'un paiement injustifié - qui le priverait peut-être de son recours contre le débiteur - le garant peut être amené à retarder un paiement justifié.

La limitation du caractère accessoire de l'obligation du garant peut être un moyen d'éviter de tels retards au créancier. Le garant se verra interdire d'opposer au créancier les exceptions tirées de l'obligation principale et devra donc payer immédiatement. Sans doute, cela peut-il permettre à l'inverse un certain nombre d'abus, le créancier pouvant obtenir un paiement qui ne lui est pas dû. Mais l'équilibre pourra être rétabli par le jeu des recours : le débiteur qui avait des exceptions à opposer sera néanmoins tenu de rembourser le garant et il se retournera ensuite contre le bénéficiaire qui a reçu le paiement à tort. La dérogation au caractère accessoire n'affecte pas, ici, la contribution à la dette. Il n'y a pas modification, au fond, de l'étendue des risques garantis, mais simplement déplacement du risque procédural.

79  
bis

- Cette utilisation de l'inopposabilité des exceptions est particulièrement fréquente lorsque le tiers non intéressé à la dette assume vis à vis du créancier le rôle de débiteur principal, lorsque c'est à lui que le créancier doit d'abord s'adresser pour obtenir le paiement. L'intervention de ce tiers est alors avant tout un moyen de paiement et il est particulièrement important que ce paiement soit ponctuel. C'est pourquoi l'inopposabilité des exceptions est la règle dans la délégation et les mécanismes qui lui sont apparentés (CHAPITRE I). Mais on la rencontre aussi dans des sûretés où le tiers non intéressé joue seulement un rôle de débiteur de second rang : le but de son intervention est de garantir le paiement, non pas normalement de l'effectuer lui-même. L'inopposabilité des exceptions permet alors de renforcer l'efficacité de cette garantie, dans un certain nombre de sûretés qui apparaissent dérivées du cautionnement (CHAPITRE II).

CHAPITRE PREMIER - LA DELEGATION ET LES  
MECANISMES APPARENTES.

80 - On pourra s'étonner que nous rangions parmi les sûretés des mécanismes juridiques où le paiement est normalement assuré non pas par le débiteur originaire, mais par un tiers qui s'engage à ses côtés. L'engagement du délégué dans la délégation imparfaite, celui du banquier, qui ouvre un crédit documentaire irrévocable, ou de l'organisme émetteur d'une carte de crédit, ne correspondent pas exactement à l'idée d'une "garantie", le terme évoquant plutôt un engagement subsidiaire qui jouera en cas de défaillance du débiteur. Il nous semble néanmoins, qu'on peut, dans ces hypothèses parler d'une sûreté <sup>(1)</sup> même si cette sûreté est incluse dans un mode de paiement normal du créancier : le délégué, l'émetteur d'un accreditif ou d'une carte de crédit paient en effet la dette d'autrui, à laquelle ils ne sont pas personnellement intéressés, et leur intervention a pour effet - sinon pour but principal - de renforcer les chances du créancier d'être payé.

81 - Nous mettrons cependant à part une figure juridique que les auteurs allemands et suisses étudient souvent parmi les sûretés personnelles non accessoires, et qui est la "reprise cumulative de dette" (kumulative Schuldübernahme, Schuldmitübernahme).<sup>(2)</sup> Dans cette figure, une personne (le reprenant) prend la place du débiteur originaire dans le rapport d'obligation qui l'unit au créancier mais, à la différence de la reprise "privative" de dette, le débiteur "repris" reste tenu envers le créancier, les deux débiteurs étant obligés solidairement. On fait remarquer que le reprenant est engagé, d'une certaine mesure, d'une manière non accessoire : s'il peut opposer la nullité initiale de l'obligation "reprise" les vicissitudes ultérieures de cette obligation pour le débiteur originaire sont sans effet sur la sienne propre.<sup>(3)</sup>

-oooOooo-

(1) sur le sens que nous donnons à ce terme voir supra n° 3

(2) droit suisse : Engel, Traité des obligations, précité, n° 280 ; Guhl, Das schweizerische, Obligationenrecht précité §35 - IV p. 256 s ; Scyboz, le contrat de garantie et le cautionnement précité p. 31-32 ; Bär, op cit, p. 24 à 28 ; Gilliéron, op cit, p. 116 s (qui y voit une forme d'"adhésion" à la dette d'autrui). - droit allemand : Soercerus Lehmann, précité, §197

(3) Scyboz, op cit p. 31 ; Gilliéron, op cit, p. 118 ; Bär, op cit, p. 25 qui parle d'un "caractère accessoire momentané".

Cependant ce caractère non accessoire s'explique parce que le reprenant est intéressé à la dette : "il entre dans l'affaire et la fait sienne et ne cherche pas seulement à consolider le crédit d'un tiers".(1) Si c'est lui qui paie, c'est lui qui recevra la contrepartie. Ce n'est donc plus véritablement un garant, mais un débiteur principal.

De la reprise cumulative de dette connue en Allemagne et en Suisse, on peut rapprocher, en droit français, "l'engagement principal de payer la dette d'autrui".(2) Cette institution, au demeurant assez mystérieuse, est présentée par M. Simler comme dérivée du "constitutum debiti alieni" du droit romain(3) ; or c'est là aussi l'origine historique de la reprise cumulative en droit allemand et suisse.(4) Cependant M. Simler estime par ailleurs qu'il s'agit d'un engagement proche de celui du co-débiteur solidaire non intéressé à la dette visé à l'article 1216 du Code civil.(5) Or cette dernière figure est en réalité une forme de cautionnement(6) et est assez différente de la reprise cumulative dans laquelle, par principe, le reprenant cumulatif est intéressé à la dette.

- 82 - Les cas où le garant, bien que jouant le rôle d'un débiteur de premier rang, n'est pas intéressé à la dette et n'accepte donc jamais d'en supporter la charge se ramènent tous, plus ou moins, à un même schéma qui est celui de la délégation. Cette institution, qui est avant tout un moyen de paiement, peut aussi jouer le rôle d'une sûreté, et d'une sûreté non accessoire. Il est nécessaire d'en rappeler les règles essentielles (Section 1) avant d'étudier les divers mécanismes nés de la pratique, qui se sont construits sur le même modèle.(Section 2)

#### SECTION 1 - Le schéma de base : la délégation

- 83 - Vieille figure juridique issue du droit romain, la délégation est connue aujourd'hui dans divers droits européens. Au delà de la diversité des formes nationales(§1), elle présente partout la même caractéristique qui est de faire naître à la charge du délégué un engagement non accessoire.(§2)

-oooOooo-

- (1) Scyboz op cit p.32, voir aussi Guhl p. 256 ; Ennecerus-Lehmann §197 : "si la dette est né d'un prêt ou d'une vente, il sera traité comme l'emprunteur ou l'acheteur"  
(2) Simler, Jcl Civil Cautionnement fasc A n° 24-27  
(3) op cit n° 24  
(4) Scyboz p 31, Ennecerus-Lehmann §197  
(5) op cit n° 27  
(6) voir infra n° 144 ; les décisions fort anciennes citées par M. Simler se rapportent d'ailleurs plutôt à des hypothèses de cautionnement.

§1 - Les formes nationales de la délégation.

A. - La délégation en droit français

84 - La délégation n'est définie que de manière incidente par l'article 1275 du Code Civil selon lequel "la délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation"(1) Ce texte fait apparaître une distinction entre deux formes de délégation ; la délégation dite "imparfaite", qui n'opère point novation ( et qu'il vaudrait mieux avec M. Simler, appeler délégation simple(2), et la délégation "parfaite" ou novatoire. Dans les deux cas, on est en présence d'une opération juridique à trois personnes (3) qui semble se décomposer, à suivre la lettre de l'article 1275, en trois accords successifs : un accord entre un débiteur (délégant) et son créancier (délégataire) par lequel le premier propose au second un autre débiteur ; un accord par lequel le débiteur délégant demande à un tiers (le délégué) de jouer le rôle de cet autre débiteur ; enfin un accord entre le délégué et le délégataire par lequel le premier s'engage comme débiteur envers le second. En réalité, dans la délégation imparfaite, la première phase n'est pas nécessaire, ou du moins il n'est pas nécessaire que le créancier délégataire accepte la proposition qui lui est faite dans la mesure où l'opération, ne déchargeant pas le débiteur originaire, ne peut lui nuire. Ce sont les deux autres phases de l'opération qui sont essentielles : le délégant demande au tiers de devenir débiteur à ses côtés, et ce tiers délégué s'oblige envers le créancier délégataire. La plupart des définitions proposées en doctrine mettent l'accent sur l'un ou l'autre de ces accords de volonté. Nous nous

-oooOooo-

- (1) sur la délégation en droit français voir : Planiol Ripert t VII par Esmein n° 1271-1279 ; Marty et Raynaud t 2 1er vol., 1962, n° 842 ; Mazeaud de Juglart par Chabas n° 1233 s ; Rieg, Enc. Dalloz Droit Civil 2ème ed, V° Délégation, 1971 , et surtout les développements très complets de P. Simler, Jcl civil, art. 1271;(1978) ; adde : F. Hubert, Essai d'une théorie juridique de la délégation, thèse, Poitiers, 1899.
- (2) Simler Jcl civil précité
- (3) C. Larroumet, les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse Bordeaux 1968 n° 232 s.

en tiendrons ici à la définition donnée par M. Simler, qui essaie de faire une synthèse : "la délégation est une opération juridique par laquelle une personne, le délégué, sur l'ordre d'une autre, le délégant, accepte de contracter une obligation envers une troisième".(1)

85 - La délégation est une opération juridique à usages multiples, selon l'intention des parties et selon la nature des rapports qui préexistent entre elles. Dans l'immense majorité des cas, le délégant sera à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué : la délégation sera alors utilisée comme un moyen de paiement permettant d'éteindre deux dettes à la fois. Si le délégué n'est pas débiteur du délégant, la délégation permettra de réaliser soit une donation au profit du délégant, soit un prêt à sa charge (selon que le délégué se ménagera ou non un recours contre le délégant) Mais, et c'est à ce titre qu'elle nous intéresse, la délégation peut également jouer le rôle d'une sûreté personnelle, du moins lorsqu'il s'agit d'une délégation imparfaite - la plus fréquente en pratique - Dans ce cas, en effet, le délégant n'est pas libéré de sa dette envers le créancier délégataire; le délégué ne se substitue pas, il s'ajoute au débiteur originaire. Le créancier délégataire se trouve ainsi avoir deux débiteurs au lieu d'un, ce qui augmente évidemment ses chances de paiement.(2) Cette utilisation de la délégation comme sûreté "apparus discrètement", "dérivée et subsidiaire"(3), est aujourd'hui fort importante en pratique. Le plus souvent, c'est un emprunteur qui va déléguer son propre débiteur en garantie de sa dette : ainsi, le vendeur d'un fonds de commerce ou d'un immeuble, qui n'a pas encore intégralement remboursé le crédit qui lui a été consenti pour son acquisition peut déléguer son acheteur pour rembourser au prêteur le montant des mensualités restant à courir. L'article 14 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous traitance prévoit expressément la possibilité d'utiliser la délégation à la place du cautionnement pour garantir le paiement des sommes dues au sous traitant par l'entrepreneur principal : ce texte, qui exige en principe le cautionnement d'un établissement agréé, précise que " la caution n'aura pas besoin d'être fournie si l'entrepreneur délégué le maître de l'ouvrage au spūs traitant dans les

-oooOooo-

(1) op cit n° 2

(2) Simler, op cit, n° 27

(3) ibid

termes de l'article 1275 du Code Civil à concurrence des prestations exécutées par le sous traitant"(1)

86 - La comparaison de la délégation, ainsi utilisée comme sûreté, avec le cautionnement, a d'ailleurs souvent été faite.(2) Le délégué peut en effet apparaître comme une sorte de caution garantissant l'exécution de l'obligation du délégant. Mais outre qu'elle est généralement utilisée dans un contexte assez différent(3), la délégation présente au moins deux différences essentielles avec le cautionnement sur le plan de la technique juridique.

Tout d'abord, l'engagement de la caution est toujours, dans une certaine mesure, un engagement subsidiaire : même si elle est solidaire ou si elle a renoncé au bénéfice de discussion, la caution n'est, dans l'intention des parties, qu'un débiteur de secours ; bien que rien ne l'y oblige en cas de solidarité, le créancier ne poursuivra normalement la caution qu'après avoir demandé à l'amiable le paiement au débiteur principal. Le délégué, en revanche, devient le débiteur principal par l'effet de la délégation : c'est à lui que le créancier doit normalement s'adresser pour obtenir son paiement, tandis que "le droit du délégataire contre le délégant passe au second plan"(4) En définitive, dans la délégation, c'est plutôt le débiteur originaire (délégant) qui joue le rôle de garant.(5) Cela tient à ce que, comme nous l'avons dit, la délégation, même lorsqu'elle joue le rôle d'une sûreté, est avant tout un moyen de paiement.

87 - La seconde différence entre le cautionnement et la délégation est plus fondamentale encore. C'est que le délégué ne peut opposer au créancier délégataire ni les exceptions tenant à ses propres rapports avec le délégant ; ni, selon la doctrine dominante, celles qui tiennent aux rapports entre le délégant et le délégataire.(6) "L'obligation du délégué, écrit M. Simler, est une seconde obligation principale, totalement indépendante de celle

-oooOooo-

- (1) d'autres textes de loi prévoient la possibilité d'utiliser la délégation comme sûreté mais le terme de délégation désigne alors plutôt un nantissement de créance sûreté réelle, cf par exemple les art. 33 et 35 du Code de l'Industrie cinématographique relatif aux "délégations" en propriété des recettes de films
- (2) Simler, op cit n° 63 et les auteurs cités
- (3) le délégué s'engage le plus souvent parce qu'il est débiteur du délégant, ce qui n'est pas normalement le cas de la caution.
- (4) Marty et Raynaud op cit N° 845 ; Simler n° 111
- (5) certains auteurs estiment même que le créancier ne pourrait poursuivre le délégant qu'en cas d'impossibilité d'obtenir paiement du délégué (voir par exemple Marty et Raynaud op et loc cit) ; mais la doctrine dominante est hostile à l'admission d'un tel bénéfice de discussion (Planiol et Ripert n° 1278, Rieg n° 43 ; Simler n° 111)
- (6) Simler n° 121 et les auteurs cités.

qui pesait, le cas échéant, sur le délégué. On ne retrouve pas, par conséquent, le caractère accessoire qui est de l'essence de l'obligation de la caution.(1) C'est précisément en raison de cette règle que la délégation trouve sa place dans nos développements parmi les sûretés personnelles, non accessoires. La même règle se retrouve d'ailleurs en droit comparé.

B - La délégation en droit comparé.

- 88 - Nous n'avons pas trouvé l'équivalent de la délégation en droit anglais.(2) Il existe en revanche, une institution tout à fait similaire dans les droits germaniques (a) ainsi qu'en droit italien.(b)

a/ les droits germaniques

- 89 - A la délégation du droit français correspond dans les droits allemand, suisse et autrichien l'opération connue sous le nom "d'Anweisung" - terme que les juristes suisses francophones traduisent par "assignation".(3) Bien que le rapprochement de l'Anweisung avec la délégation française soit souvent fait dans les pays germaniques (4), l'analogie n'apparaît pas évidente, de prime abord, au juriste français car les définitions de l'assignation sont assez différentes de celles que nous donnons en France de la délégation. Ainsi, en droit suisse, l'article 466 du Code des obligations définit l'assignation comme "un contrat par lequel l'assigné est autorisé à remettre à l'assignataire, pour le compte de l'assignant, une somme d'argent, des papiers, valeurs, ou d'autres choses fongibles que l'assignataire a mandat de percevoir en son propre nom. Quant au § 783 du BGB, il dispose : "lorsqu'une personne délivre à un tiers un titre par lequel elle assigne à une autre personne de fournir à ce tiers de l'argent, des valeurs mobilières ou d'autres choses fongibles, ce tiers est habilité à percevoir cette prestation en son propre nom auprès du délégué ; le délégué (l'assigné)

-oooOooo-

- (1) Simler n° 64  
(2) du moins T.C. Hartley, dans son rapport sur les sûretés personnelles en droit anglais n'en fait-il pas mention ; mais nous ne saurions affirmer en l'état de nos recherches, que la délégation n'existe pas en droit anglais en tant que moyen de paiement  
(3) voir en droit allemand : Esser, Schuldrecht, t 1 §88 p.228 s ; en droit suisse Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht précité, §54 p. 474 s.  
(4) voir par exemple : la traduction française du BGB aux éditions Jupiter porte l'intitulé "délégation" pour désigner le titre XXI de la Section VII du livre II relatif à l'Anweisung".



est habilité à effectuer la prestation au délégataire pour le compte du délégant".

La différence entre ces définitions et celles du droit français est que l'assignation est présentée comme une simple "autorisation", une "habilitation" (Ermächtigung) qui n'engage pas le délégué (l'assigné). La différence n'est cependant qu'apparente : elle tient simplement à ce que les définitions allemande et suisse présentent uniquement la première phase de l'opération, celle qui se déroule entre l'assigné et l'assignant tandis que les définitions françaises mettent plutôt l'accent sur le rapport délégué, -délégataire, considéré comme l'élément déterminant de l'opération. Pour comparer utilement assignation et délégation, il ne faut pas s'en tenir aux définitions de l'assignation ; il faut lire, dans les codes allemand et suisse, les textes qui suivent et qui précisent les effets de l'acceptation de l'assigné, qui l'engage envers l'assignataire (§784 BGB, art. 468 CO). On constate alors que la situation de l'assigné est tout à fait analogue à celle du délégué.

90 - L'assigné qui a accepté l'assignation est en effet engagé envers l'assignataire d'une manière indépendante, non accessoire. De même que le délégué, l'assigné ne peut opposer à l'assignataire que les exceptions qu'il peut avoir personnellement contre lui : cela est précisé expressément par l'article 468 du code des obligations suisse et par le § 784 du BGB. En revanche, il ne peut opposer ni les exceptions tenant à ses rapport avec l'assignant ni celles tenant aux rapports entre l'assignant et l'assignataire.(1) Dans la mesure où - comme dans notre délégation imparfaite - l'assignant n'est pas libéré de sa dette envers l'assignataire, l'assignation peut donc être utilisée comme une sûreté personnelle non accessoire. Bien que signalée par les auteurs, cette utilisation semble peu fréquente, mais il convient de remarquer que, comme la délégation française, le schéma général de l'assignation se retrouve dans divers mécanismes de garantie que nous étudierons par la suite.(2)

-oooOooo-

(1) Guhl op cit p. 477 ; Esser, op cit p. 230

(2) notamment dans le crédit documentaire qui est généralement considéré en Allemagne et en Suisse comme une forme d'"Anweisung" - voir infra n° 103.

b/ droit italien

91 - Il y a peu à dire sur la délégation en droit italien (delegazione articles 1268 à 1271 du Code Civil) car l'opération est tout à fait analogue à celle que nous connaissons en France. La loi italienne est cependant beaucoup plus précise, notamment sur la question de l'inopposabilité des exceptions : l'article 1271 du Code Civil dispose que "le délégué peut opposer au délégataire les exceptions qui sont relatives à son rapport avec lui. Si les parties n'en ont pas autrement convenu le délégué ne peut opposer au délégataire, même si celui-ci en a eu connaissance, les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant sauf si le rapport entre le délégant et le délégataire est nul. Le délégué ne peut pas non plus opposer les exceptions relatives au rapport entre le délégant et le délégataire si les parties n'ont pas fait expressément référence à ce rapport". On remarque ainsi que, tout en consacrant expressément le caractère non accessoire de l'engagement du délégué, le droit italien en définit les limites. Nous allons retrouver ces limites en étudiant d'une manière plus approfondie et au regard des différents systèmes juridiques qui connaissent la délégation, la portée de ce caractère non accessoire.

§ 2 - La portée du caractère non accessoire de la délégation.

92 - L'inopposabilité des exceptions apparaît en droit français comme à l'étranger, une des caractéristiques essentielles de la délégation. Cependant il faut ici distinguer entre deux types d'exceptions. La doctrine s'est surtout intéressée, notamment en France, à l'inopposabilité des exceptions tirées des relations entre le délégué et le délégant.(1) Et il est vrai que c'est surtout ainsi que le problème se pose en pratique : le délégué a accepté la délégation parce qu'il s'est cru débiteur du délégant ; or il s'avère par la suite qu'il ne devait rien ; peut-il en conséquence, refuser de payer le délégataire ? Sur ce point la réponse est certainement négative ; l'engagement du délégué est complètement indépendant de celui qui, éventuellement, le liait au délégant ; la jurisprudence française a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser cette solution.(2) Du reste, s'il est fréquent en pratique que

-oooOooo-

(1) Simler op cit n° 122

(2) Civ 24 janvier 1872, S 1872; 1, 31, DP 1873,1, 7 S ; 21 mars 1910; DP 1912, 1, 445 ; S 1913, 1, 241 ; Civ f 26 janvier 1960, Bull civ I n° 55. p. 44 ; Gaz Pal 1960, Tables, v° Délégation.

le délégué soit débiteur du délégant, cela n'est absolument pas nécessaire à la validité de l'opération.(1) et, en tous cas, cela ne regarde pas le délégant.

Cependant, cette inopposabilité des exceptions n'est pas très intéressante pour notre propos ; ce n'est pas elle qui fait de la délégation une sûreté non accessoire. Nous ferons remarquer en effet que dans le cautionnement, sûreté personnelle accessoire, la solution est exactement la même : la caution ne peut pas opposer au créancier les exceptions tirées du rapport qui la lie au débiteur principal. La jurisprudence française a eu l'occasion, récemment, d'affirmer à plusieurs reprises cette solution à propos de cautionnements donnés par des dirigeants sociaux pour garantir les dettes de leur société : peu importe que la caution ait perdu le contrôle de la société, elle n'en reste pas moins tenue à l'égard du créancier si elle n'a pas pris la précaution de révoquer à temps son engagement.(2) En revanche, la caution, parce qu'elle est un débiteur accessoire, peut opposer au créancier toutes les exceptions tirées des rapports de ce dernier avec le débiteur principal, c'est à dire de l'obligation principale garantie. La solution est apparemment contraire dans la délégation : le délégué ne peut pas opposer les exceptions tirées du rapport délégant - délégataire et c'est cela qui nous intéresse ici.

93 - Il est vrai que cet aspect de l'inopposabilité des exceptions a beaucoup moins intéressé la doctrine que le précédent, sans doute parce qu'il est d'un très faible intérêt pratique. Nous ne connaissons aucune décision de jurisprudence sur ce point, en France tout au moins. Aussi bien beaucoup d'auteurs se montrent-ils singulièrement discrets sur les exceptions tirées du rapport entre le délégant et le délégataire.(3) Il faut dire que cette inopposabilité aboutit à des résultats bien différents de celle qui vise les relations délégué-délégant : même si le délégué n'était pas débiteur du délégant, le délégataire reçoit un paiement qui lui était

-oooOooo-

(1) Simler, op cit, n° 18, 101

(2) Com 8 novembre 1972, Bull civ IV n° 278 ). 263, D 1973, p. 753, note P. Malaurie Gaz Pal 1973-1-143 note D. Martin, Rev trim dr com 1973 p. 294 ; Com 9 avril 1973, Bull civ IV n° 152, p. 131, D 1973-753 note Malaurie ; Com 2 octobre 1979, Rev soc 1981 p. 73 obs C. Mouly - voir : M. Remond-Gouillaud, L influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, JCP 1977-I 2850 ; C. Mouly, thèse précitée n° 440 s.

(3) Planiol Ripert par Esmein n° 1274 ; Marty et Raynaud n° 842 ; Mazeaud-Chabas n° 1250 ; Starck, Obligations, p. 714 n° 2376.

dû par le délégué, il ne s'enrichit pas sans cause. Il n'en va pas de même si le délégataire n'était pas, lui-même, créancier du délégué : l'inopposabilité des exceptions lui permet alors de recevoir un paiement auquel il n'avait pas droit. On comprend que l'on puisse hésiter devant une telle solution : elle est pourtant certaine en droit comparé et, en France, elle est admise par plusieurs auteurs.(1) La doctrine belge, qui se prononce sur l'interprétation des mêmes textes que les auteurs français, est aussi en majorité dans ce sens.(2)

94 - En réalité, cette solution ne nous semble admissible qu'à condition d'en limiter la portée. Tout d'abord, ce n'est sans doute pas un effet nécessaire de la délégation : elle peut être écartée par une clause rattachant l'obligation du délégué à celle du délégué (3) et il faut, à notre avis admettre qu'il y a implicitement, un tel rattachement lorsque le délégué a déclaré qu'il s'engageait pour éteindre telle obligation déterminée du délégué envers le délégataire. Il semble naturel d'admettre alors que le délégué puisse faire valoir que cette obligation est nulle ou s'est éteinte.

D'autre part et surtout, l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport entre le délégataire et le délégué ne doit pas avoir pour effet d'accroître les droits du délégataire, de lui procurer à titre définitif le paiement d'une somme dont il n'était pas créancier. Examinons en effet ce qui se passe lorsque le délégué a payé le délégataire. Normalement, il n'a pas de recours contre le délégué (4) mais c'est parce que, dans le cas le plus fréquent, il était auparavant débiteur du délégué et que le paiement a pour effet de le libérer de sa dette ; aussi bien, dans le cas plus rare où le délégué ne devait rien au délégué, il a certainement un recours contre ce dernier car il a payé le délégataire pour son compte.(5) Si le délégataire n'était pas créancier du délégué, celui-ci se trouve donc de toute façon appauvri : soit parce que sa créance contre le délégué se trouve

-ooo0ooo-

- (1) Simler op cit n° 121-122-126 ; Rieg op cit n° 31 ; Hubert, thèse précitée n° 209, adde : Gavalda et Stoufflet, La lettre de garantie internationale, précité, n° 11 ; La solution ne s'applique pas à la délégation simple ou imparfaite, la novation supposant une obligation préexistante valable : cf Marty et Raynaud n° 834 ; Mazeaud-Chabas n° 1245.
- (2) De Page, Traité t III n° 612 p. 611 et les auteurs cités par Van Lier, Les garanties dites à première demande ou abstraites, Journal des tribunaux, 1980, p 345 s n° 2-2 et note 31.
- (3) Hubert, thèse précitée n° 209
- (4) Simler op cit n° 64 et 107
- (5) Simler op cit n° 107 - comp pour le droit suisse : Guhl op cit p. 478

se trouve éteinte sans contrepartie, soit parce qu'il se trouve obligé de rembourser à ce dernier une somme qu'il ne devait pas. C'est pourquoi la doctrine admet alors que le délégant a un recours contre le délégataire fondé sur l'enrichissement sans cause.(1) L'inopposabilité des exceptions si elle permet au délégataire de se faire payer alors qu'il n'est pas créancier, ne lui procure donc dans ce cas qu'un paiement provisoire.

95 - On voit donc que le caractère non accessoire de l'engagement du délégué a ici une toute autre signification que dans les sûretés qui ont été précédemment examinées (assurance-crédit ou garantie indemnitaire). L'inopposabilité des exceptions tirées du rapport délégant-délégué ne protège nullement ce dernier contre le risque d'annulation ou d'extinction de sa créance, et le délégué n'entend nullement, comme l'assureur-crédit (dans les relations internationales) ou le garant indemnitaire, prendre ce risque à sa charge. Le délégataire, protégé contre toutes sortes d'exceptions, se voit seulement assuré d'un paiement rapide, sans discussion possible. Mais cela n'affecte nullement la contribution à la dette : le paiement effectué pourra ensuite être remis en cause par le jeu des recours. Ce mécanisme se trouve bien illustré dans les opérations juridiques apparentées à la délégation.

## SECTION 2 - Les opérations juridiques apparentées à la délégation.

96 - Parmi les techniques classiques du droit civil, aucune n'a été sans doute, plus que la délégation, utilisée pour expliquer de nouveaux mécanismes de la vie des affaires. La tentative célèbre d'explication - à laquelle, en France, est attaché le nom de Thaller - n'en est qu'un exemple ; plus récemment, on a recouru à la délégation pour rendre compte du crédit documentaire (2), ou de l'engagement de l'organisme émetteur d'une carte de crédit (3), et la délégation est encore évoquée dans la doctrine la plus récente relative aux garanties bancaires "à première demande" (4). Le principe même de telles analyses a pu être contesté. N'est il pas vain de vouloir expliquer par une technique ancienne des opérations juridiques

-oooOooo-

(1) Simler n° 129 ; Gavalda-Stoufflet, art. précité n° 11

(2) voir infra n° 103

(3) voir infra n° 118

(4) Gavalda-Stoufflet, art. précité n° 11

complètement nouvelles, forgées par la pratique en fonction des besoins de la vie des affaires, fort éloignés a priori de ceux qui à l'origine, ont donné naissance à la technique considérée ? (1)

Il y a dans cette opinion une grande part de vérité, et c'est pourquoi lorsque nous parlons d'opérations juridiques "apparentées" à la délégation, nous n'entendons pas dire qu'il s'agit d'applications pures et simples de cette technique, Il serait miraculeux que le crédit documentaire, par exemple, **coïncide** exactement avec la délégation du Code Civil ; et la remarque est surtout vraie s'agissant d'une opération juridique du commerce international, car on peut penser que les parties ont précisément voulu s'affranchir des particularismes des législations internes. Cela, cependant, n'interdit pas la comparaison et celle ci peut se révéler enrichissante. Dans le cadre d'une théorie générale des sûretés personnelles non accessoires, on peut relever qu'un certain nombre d'opérations juridiques obéissent au même schéma que la délégation, notamment du point de vue de l'inopposabilité des exceptions. C'est le cas dans une certaine mesure, de la lettre de change (§1) mais surtout, du crédit documentaire (§2) et du paiement réalisé au moyen d'une carte de crédit.(§3)

#### §1 - La lettre de change

97 - On connaît l'explication proposée par Thaller de la lettre de change et fondée sur l'idée de délégation (2) : le tireur (délégant) donne l'ordre à un de ses débiteurs (le tiré, délégué) de payer l'un des ses créanciers (le bénéficiaire de la lettre de change, délégataire). La délégation se combinerait avec un cautionnement **lorsque** le tiré accepte la lettre : il se porterait alors caution du tireur. Il est inutile de revenir ici longuement sur les critiques qui ont été adressées à cette théorie (3) : on a notamment fait remarquer que la délégation n'explique pas les effets attachés à la transmission du titre, et, surtout, qu'elle ne rend pas compte de la modification de la situation juridique du tireur-

-oooOooo-

- (1) voir par exemple à propos du crédit documentaire : Stoufflet, Enc. Dalloz, Droit commercial V° Crédit documentaire n° 140 s - et d'une manière plus générale : Ripert-Roblot t II n°
- (2) Thaller, Nature juridique du titre de crédit, Ann. dr. com 1906, p. 71
- (3) voir notamment<sup>R</sup> oblot, Les effets de commerce, Sirey, 1975, n° 86 ; Rodière et Oppetit, Droit commercial, Précis Dallaz 8<sup>ème</sup> ed, n° 91.

délégant, tenu d'une obligation cambiaire entièrement nouvelle qui se superpose aux rapports fondamentaux. Ces critiques sont amplement justifiées. Il n'en reste pas moins - les auteurs modernes l'admettent volontiers (1) qu'il existe une analogie certaine entre le mécanisme de la lettre de change et celui de la délégation imparfaite. L'erreur a sans doute été de vouloir expliquer la lettre de change par la délégation, alors qu'il s'agit plutôt de deux techniques parallèles, dont l'une - la lettre de change - obéit à des principes spécifiques irréductibles à ceux du droit civil. De ce point de vue, la présentation du droit allemand nous paraît plus satisfaisante : la doctrine allemande - qui est à l'origine de toutes les explications fondées sur le titre - n'a jamais essayé d'expliquer le mécanisme cambiaire par l'idée d'assignation ; mais l'assignation est présentée, dans les ouvrages de droit civil, comme une "forme fondamentale du droit cambiaire"(2), ce qui marque bien l'analogie entre les deux institutions.

98

- On retrouve d'ailleurs une certaine analogie quant aux fonctions économiques de la lettre de change. Surtout utilisée autrefois comme moyen de paiement permettant d'éteindre deux dettes à la fois (celle du tiré envers le tireur, et celle du tireur envers le bénéficiaire), la lettre de change est aujourd'hui, avant tout, un moyen de crédit : grâce à la créance qu'il possède sur le tiré et qui est matérialisée par la lettre de change, le tireur va pouvoir, en escomptant la lettre, se procurer du crédit auprès de son banquier. Et ce crédit comporte en lui même sa propre garantie, du moins si la lettre de change est acceptée par le tiré : le banquier escompteur aura en effet deux débiteurs au lieu d'un ; à l'échéance, il demandera le paiement au tiré et, à défaut, il pourra se retourner contre le tireur à qui il a fait crédit. L'une des raisons qui expliquent l'échec des tentatives de réforme du crédit à court terme en France est précisément qu'elles n'offraient pas au banquier la même garantie que l'escompte de la lettre de change.

-oooOooo-

(1) Roblot, op cit n° 86

(2) Esser, Schuldrecht, précité, §88

Cette garantie est, il faut le remarquer, une garantie personnelle résultant de l'engagement du tiré accepteur envers le porteur de la lettre, et non pas une garantie réelle résultant de la transmission au porteur de la créance du tireur sur le tiré (1). Même si cette créance n'existe pas, le porteur a en effet une action personnelle et directe contre l'accepteur, qui ne peut pas, en principe opposer le défaut de provision. (art. 121 du Code de commerce) Du reste, la lettre de change peut être utilisée comme moyen de garantir un crédit en dehors de toute créance du tireur sur le tiré : le tiré peut s'engager uniquement pour permettre au tireur d'obtenir du crédit ; il joue alors le rôle d'une caution. (2)

99 - Cette garantie personnelle est-elle une garantie non accessoire ? On songe immédiatement à faire valoir ici la règle fondamentale du droit cambiaire que constitue l'inopposabilité des exceptions. C'est précisément pour rendre compte de cette règle que l'on a rapproché la lettre de change d'une délégation. Mais nous ferons remarquer que, comme en matière de délégation, c'est uniquement de l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport entre le tiré et le tireur (ou un précédent endosseur) dont il est généralement question. Or ce qui nous intéresse ici, c'est de savoir si le tiré accepteur peut ou non opposer au porteur les exceptions tirées du rapport de ce dernier avec le tireur ou un précédent endosseur - c'est à dire non de la provision, mais de la valeur fournie. Autrement dit, le tiré peut-il être tenu de payer alors que le tireur (ou l'endosseur) ne le serait pas lui-même ? C'est à cette condition qu'on pourra voir dans la lettre de change acceptée un mécanisme de garantie personnelle non accessoire.

La réponse à cette question se trouve dans les textes - qui sont, on le sait, applicables en principe dans tous les pays qui ont signé et ratifié la convention de Genève de 1930 portant loi uniforme. On peut d'abord remarquer que l'article 120 du Code de commerce (article 16 al 1 de la loi

-oooOooo-

- (1) en droit français le porteur de toute traite même non acceptée a en plus une garantie réelle résultant du transfert de la provision, (art. 116 C Com), mais l'action fondée sur la provision doit précisément être bien distinguée de l'action cambiaire contre le tiré accepteur.
- (2) sur les effets de cautionnement et leur distinction avec les effets de complaisance, où le tiré n'a aucune intention de s'engager voir Roblot, op cit n° 617 s spec. n° 622. cf infra n° 125s



uniforme) définit le "porteur légitime" de l'effet comme celui qui "justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements" - sans aucune allusion à l'existence d'une créance de ce porteur sur le tireur ou le précédent endosseur. Par ailleurs, l'article 137 al 3 du Code de commerce (art. 40 al 3 de la loi uniforme) déclare que le tiré est valablement libéré, sauf fraude ou faute lourde, dès lors qu'il a payé à l'échéance en vérifiant la régularité de la suite des endossements. Le texte précise qu'il n'est pas obligé de vérifier la signature des endosseurs. Il est encore moins obligé, évidemment, de vérifier que le porteur est effectivement créancier du tireur; menacé de protêt, il n'en a d'ailleurs pas le temps. Mais s'il n'y est pas obligé, en a-t'il le droit ? peut-il par exemple refuser de payer le porteur en alléguant que celui-ci a fourni au tireur une marchandise viciée, ou qu'il ne lui a pas ouvert le crédit qu'il lui avait promis ? Certainement non : la loi n'admet les oppositions émanant du tireur que dans les cas, très limités, de perte de la lettre ou de faillite du porteur (article 140 du Code de commerce); le tireur ne pourrait donc pas faire opposition au motif qu'il n'était pas débiteur de celui au profit duquel il a souscrit le titre.(1) A fortiori faut-il admettre que le tiré ne peut pas lui-même, spontanément, soulever une telle exception.

100

- La question se pose rarement en pratique dans la mesure où les lettres de change, aujourd'hui, circulent rarement en dehors du circuit bancaire : le porteur de l'effet sera le plus souvent le banquier escompteur et il est rare que le tireur ait des exceptions à opposer à celui-ci ! D'autre part, le tiré aura rarement intérêt à opposer lui-même ce type d'exceptions dans la mesure où il a reçu provision du tireur et où le paiement effectué au porteur le libérera de sa dette ; le tiré, même s'il sait qu'il existe un litige entre le tireur et le porteur préférera le plus souvent payer puis laisser les deux autres parties s'arranger entre elles. Cependant la question peut se poser si le tiré n'a pas, de son côté reçu provision : pour échapper à la règle de l'inopposabilité des exceptions tirées de la provision, il pourrait être tenté de soutenir que le porteur

-oooOooo-

(1) Roblot op cit n° 333 ; Com 22 janvier 1969 , Banque 1971, 305 ; Rev trim dr com 1969, 776 obs M. Sabrillac et Rives.-Lange.

de l'effet n'est pas lui-même créancier et n'a donc aucun droit à obtenir le paiement. La chambre commerciale de la cour de cassation a ainsi eu l'occasion de connaître d'une hypothèse où le tiré, n'ayant pas reçu provision, prétendait que le banquier porteur n'avait pas mis le crédit d'es-compte à la disposition du tireur et qu'il n'était pas, en conséquence, un porteur légitime. La cour repousse justement cette argumentation : l'absence de valeur fournie est sans incidence sur la qualité de porteur légitime et ne peut justifier un refus de paiement de la part du tiré accepteur.(1) On peut donc bien dire que la lettre de change procure à son porteur une garantie de paiement non accessoire.

101 - La raison d'être de cette règle est la même que celle qui justifie l'interdiction des oppositions : c'est la nécessité d'un paiement ponctuel, impératif essentiel du droit cambiaire.(2) Le tiré ne doit pas pouvoir retarder le paiement en cherchant à vérifier de manière approfondie les droits du porteur : il ne peut - et ne doit - se livrer qu'à une vérification purement formelle de la chaîne des endossements. Bien entendu, cela ne doit pas conduire à une extension, quant au fond, des droits du porteur : si celui-ci a reçu un paiement qui ne lui était pas dû, il devra le restituer car il s'est enrichi sans cause ; le tiré, de son côté, sera valablement libéré de sa dette envers le tireur ou conservera un recours de sa dette contre celui-ci s'il n'avait pas reçu provision. Là encore, le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette.

-oooOooo-

(1) Com 20 juin 1972, Bull civ IV n° 200 p. 194 ; Rev trim dr com 1972 p. 966 n° 3

(2) Roblot op cit n° 65 ; cf A. Benabent, Jcl Com. art. 140 (9;1970) n° 9.

& 2 - Le crédit documentaire

102 . Le crédit documentaire a déjà fait l'objet de nombreuses et remarquables études tant en France (1) qu'à l'étranger (2) et il n'est pas dans notre propos d'en reprendre ici une étude exhaustive. Il s'agit seulement ici d'étudier le crédit documentaire dans sa fonction de garantie de paiement, et de montrer comment il s'intègre dans le tableau d'ensemble des sûretés personnelles non accessoires. La doctrine a d'ailleurs commencé à travailler dans cette optique : les auteurs qui se penchent actuellement sur les garanties bancaires pratiquées dans le commerce international, et notamment sur les "garanties à première demande" font très souvent le rapprochement avec le crédit documentaire (3) et celui-ci est, de même, souvent évoqué à propos des cartes de crédit qui constituent, nous le verrons, un autre exemple de garantie non accessoire (4).

Rappelons brièvement en quoi consiste le crédit documentaire. C'est un instrument de règlement des prestations commerciales dans les ventes internationales en particulier dans les ventes maritimes. L'acheteur charge son banquier de verser à son vendeur le prix des marchandises achetées, contre remise par celui-ci de documents, établissant l'exécution de ses obligations de vendeur (documents de transport, d'assurance etc...). L'engagement du banquier est notifié au vendeur sous la forme d'un accreditif ou d'une lettre de crédit, qui précise, suivant les instructions du donneur d'ordre, les conditions de réalisation du crédit ; cette réalisation se fait soit par le paiement direct du prix, soit par l'acceptation de traites qui seront ensuite escomptées par le vendeur. Ce schéma de base est souvent compliqué par l'intervention d'une seconde banque du pays du vendeur qui peut-être soit un simple mandataire de la banque de l'acheteur, soit le véritable donneur de crédit, la banque de l'acheteur étant alors donneur d'ordre pour compte ; l'engagement de la banque de l'acheteur peut aussi être confirmé par une autre banque qui ajoute alors son engagement à celui souscrit par le créditeur.

-oooOooo-

voir en premier lieu : J. Stoufflet, le crédit documentaire, Paris, 1957 - adde : Eisemann, le crédit documentaire dans le droit et dans la pratique, Paris, 1963. S. Epschtein et P. Bontoux, Sécurité et précarité du crédit documentaire, 1964 ; P. Bontoux, Le crédit documentaire, moyen de paiement et de financement, 1970 ; 4. Boudinot, Pratique du crédit documentaire, 1979.  
pour l'Allemagne : Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 4ème ed, 1968 ;  
pour la Suisse : Keller, l'accréditif documentaire en droit suisse, thèse, Genève, 1941  
pour la Belgique : Boumal, L'ouverture de crédit irrévocable, Bruxelles, 1950 ; pour la Grande-Bretagne : Gutteridge - Megrah, The law of banker's commercial credits, 5ème ed, Butterworths, London, 1976.  
voir infra n° 140  
voir infra n° 112

Mécanisme né de la pratique, le crédit documentaire est une des manifestations les plus anciennes de la "lex mercatoria". Il n'est pas réglé par les droits positifs nationaux, mais il a fait l'objet, dès 1933, d'une codification par la Chambre de commerce internationale sous forme de "Règles et Usances uniformes relatives aux crédits documentaires", ces règles, auxquelles nous aurons l'occasion de nous référer, ont été révisées à plusieurs reprises ; la dernière révision date de 1974. (1)

Il faut, pour notre propos, distinguer selon que le crédit documentaire est révocable ou irrévocable. Le crédit révocable ne comporte aucun engagement du banquier envers le vendeur ; vis à vis de celui-ci, le banquier n'est qu'un simple mandataire de l'acheteur ; il peut donc révoquer à tout moment le crédit de sa propre initiative ou sur instructions du donneur d'ordre. (2) Le crédit documentaire révocable ne procure donc au vendeur aucune garantie de paiement et ne nous intéresse pas ici. Dans le crédit irrévocable, en revanche, le banquier prend envers le vendeur un engagement direct et indépendant de l'ouverture de crédit consentie à l'acheteur. Cet engagement, qui prend effet à compter de la notification de l'accréditif au bénéficiaire, constitue à la fois, un moyen de paiement et une garantie. (3) C'est un moyen de paiement en ce que le banquier se substitue normalement à l'acheteur pour assurer le règlement des marchandises et ceci, dès avant leur réception par l'acheteur ; celui-ci reste tenu, mais seulement si le banquier n'effectue pas le paiement. (4) C'est une garantie en ce que le paiement effectué par le banquier est en principe définitif : le banquier qui ne parviendrait pas à se faire rembourser par le donneur d'ordre les sommes versées n'a pas de recours contre le bénéficiaire (5), celui-ci se trouve ainsi protégé contre l'insolvabilité de son cocontractant.

103      .-      Compte tenu de cette fonction de garantie, on a parfois analysé le crédit documentaire comme un cautionnement. La cour de cassation française

-oooOooo-

- 1) publication 290 de la CCI ; voir le texte in JCL Commercial Annexes Banques et Bourse fasc 33.
- 2) voir article 2 Règles et usances uniformes - sur le crédit documentaire révocable : A. Boudinot, le crédit documentaire révocable et sa portée juridique, Banque, 1972 p. 595
- 3) voir S. Epschtein, la nature de la garantie apportée par le crédit documentaire ; Banque 1970, P 147, spec p 152 s - adde Rodière et Rives-Lange, Droit bancaire, Dalloz, 1975 n° 351 ; A. Boudinot, la fonction économique du crédit documentaire, Banque, 1980, P 101-102.
- 4) J. Stoufflet, Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, V° Crédit documentaire, 1973, n° 50.
- 5) Stoufflet ibid n° 116

dans un arrêt de 1926, a considéré que le banquier " devient la caution de l'acheteur, et donne l'assurance que le paiement sera effectué à l'échéance pourvu que le vendeur soit en règle". (1) Mais cette analyse est généralement, et à juste titre, critiquée par la doctrine (2) : la caution, en effet, s'engage à titre subsidiaire, elle ne paiera que si le débiteur principal ne s'exécute pas personnellement ; dans le crédit documentaire, c'est au contraire le banquier qui doit normalement payer le vendeur, la fonction de garantie et la fonction de paiement sont indissociables (3). En outre, et c'est en cela qu'elle nous intéresse, la garantie procurée au vendeur dans le cadre du crédit documentaire irrévocable est une garantie non accessoire : l'engagement du banquier est, juridiquement, indépendant des autres rapports juridiques entre les parties, et notamment du contrat de vente dont il assure l'exécution (4).

C'est pourquoi - et sous réserve de la difficulté déjà signalée à faire entrer dans un cadre juridique classique une institution entièrement forgée par la pratique - le crédit documentaire irrévocable s'apparente plutôt à une délégation imparfaite : l'acheteur délègue le banquier à son vendeur ; celui-ci doit normalement s'adresser au banquier délégué pour obtenir son paiement mais, à défaut, il pourra toujours se retourner contre l'acheteur déléguant. Cette analogie entre le crédit documentaire qui est reconnue par beaucoup d'auteurs en France (5) est également couramment relevée à l'étranger, notamment dans les droits germaniques où le crédit documentaire est assimilé à l'Anweisung (assignation).(6) Elle correspond tout à fait aux solutions de la pratique internationale et des jurisprudences nationales, tant en ce qui concerne l'obligation du banquier envers le vendeur bénéficiaire (A) que ses recours contre les parties à l'opération commerciale (B)

-oooOooo-

Req. 26 janvier 1926, DP 1926, 1, 201, note Hamel ; S 1926, 1, 353 note Rousseau Stoufflet art. précité n° 141-142 et thèse précitée n° 460-462 ; Hamel note DP 1926, précitée ; G. FRIEDEL, Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, 1961, p 535 et s, spec. p 547.

si le vendeur adresse les documents non à la banque, mais à l'acheteur pour en obtenir directement le paiement, il renonce, semble-t'il à faire jouer par la suite le crédit documentaire à titre de garantie subsidiaire ; voir sur ce point le litige entre un exportateur yougoslave et une banque française commenté par S. Epschtein in la nature de la garantie..... Banque 1970, précité.

voir infra n° 105

Escarra, n° 1397 et s ; Hamel, les formes internationales du crédit bancaire, Rec. cours de l'Académie de la Haye, 1935, Vol 51 p 269, Rodière et Rives Lange, op cit n° 359 . Friedel, art précité p 549-550 ; et avec des réserves : Stoufflet, Enc. Dalloz précité n° 145-146 ; thèse n° 467 s.

Esser, Schuldrecht, § 8814 et les auteurs cités ; pour la Suisse : Gthl, op cit, & 54-I et & 50 II.

A - L'obligation du banquier envers le bénéficiaire.

104 . Cette obligation est absolument indépendante des rapports juridiques qui peuvent exister entre le banquier et l'acheteur - l'ouverture de crédit ainsi qu'entre l'acheteur et le vendeur - le contrat de vente(1). Cette indépendance, qui s'accorde bien avec l'idée de délégation est la caractéristique essentielle du crédit documentaire irrévocable. Elle est expressement consacrée par les règles et Usances uniformes dans le & c des Dispositions générales : "Les crédits sont par leur nature des opérations commerciales distinctes des ventes ou autres contrats qui peuvent en former la base mais ne regardent les banques en aucune façon et ne sauraient les engager".

La conséquence de cette indépendance est que le banquier ne peut opposer au bénéficiaire ni les exceptions tenant à ses rapports personnels avec son client donneur d'ordre, ni les exceptions tenant au contrat de vente passé entre ce donneur d'ordre et le bénéficiaire du crédit. C'est surtout ce second aspect de l'inopposabilité des exceptions qui nous intéresse ici, car c'est lui qui détermine le caractère non accessoire de la garantie du banquier. (2)

Après avoir posé le principe (a) nous rechercherons le fondement (b) de cette inopposabilité des exceptions tirées du contrat de vente.

a) le principe de l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de vente

105 . Le banquier ne peut opposer au bénéficiaire aucune exception tirée du contrat de vente. C'est là un principe unanimement admis, par la doctrine, tant en France (3) qu'à l'étranger, et qui se trouve implicitement consacré par l'article 8 des Règles et Usances uniformes, lequel dispose : "dans les opérations de crédit documentaire, toutes les parties intéressées ont à considérer les documents à l'exception des marchandises" - Le banquier ne peut vérifier que la régularité formelle des documents, si ces documents sont

-oooOooo-

(1) Stoufflet, art. précité n° 37 s. thèse n° 347 et s. cette idée de l'autonomie de l'engagement du banquier a été particulièrement développée par la doctrine allemande : voir : Bongreffe, Akkreditiv und Grundverhältnis, 1971 : Wessely, die

(2) voir supra n° 92

(3) Stoufflet thèse précité n° 380 s et, Enc Dalloz n° 39 : Rodière et Rives-Langes, op cit n° 359 ; Friedel, Op cit p 543 s.

réguliers, il doit payer quel que soit le sort du contrat et des marchandises. La jurisprudence a en particulier décidé que le banquier ne peut ni spontanément, ni à la demande du donneur d'ordre, refuser d'honorer le crédit à raison de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte de la vente (1). Il ne peut pas non plus, après avoir payé, débiter le compte du vendeur au motif que les marchandises seraient arrivées avariées (2). De même la jurisprudence américaine a estimé que le banquier n'est pas libéré du fait que les marchandises n'ont pu être livrées par suite d'une interdiction d'exportation. (3)

106 . Cette inopposabilité des exceptions comporte certaines limites. Il faut d'abord préciser que le banquier peut opposer les exceptions qui se déduisent de l'examen des documents qui lui sont présentés : si ces documents sont entachés d'une irrégularité formelle, ou s'ils ne sont pas conformes aux stipulations de l'accréditif (par exemple parce que les quantités visées ne sont pas les mêmes que celles qui devaient être livrées), le banquier peut et même doit, vis à vis du donneur d'ordre refuser le paiement. On retrouve ici l'idée évoquée à propos de la délégation, selon laquelle le délégué peut opposer les exceptions tirées de la créance originaire dans toute la mesure où il est fait référence à cette créance dans la délégation.(4) Par ailleurs il est admis que le banquier est fondé à refuser le paiement en cas de fraude du bénéficiaire (qui a pu par exemple, chercher à dissimuler l'irrégularité des documents)(5) ; c'est là une limite à l'inopposabilité des exceptions que nous retrouvons, d'une manière générale, pour toutes les sûretés personnelles non accessoires. (6)

107 . Certains auteurs ont en outre prétendu que le banquier pouvait refuser le paiement en cas de nullité ou de résolution de la vente, jusqu'alors l'engagement du banquier n'aurait plus de cause (7). La jurisprudence française n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, mais certaines

-oooOooo-

- 1) Cass. 28 juin 1932 Rev dr marit . . comp suppl t 10 p 386. Com 3 avril 1978, Bull civ IV n° 103
- 2) Com 3 juin 1957, Bull cass 1957, III, p 153
- 3) cité par Friedel. art précité p. 544
- 4) voir supra n° 94
- 5) Com 4 mars 1954, S 1954, 1, 121 note P. Lescat - sur cet arrêt voir Stoufflet, E. c. Dalloz n° 109 Friedel, op cit n° 546 ; Gavalda et Stoufflet, op cit n° 538
- 6) voir infra 2ème partie n° 215 s
- 7) Hamel, les formes internationales du crédit bancaire, précité

décisions étrangères ont affirmé que, même dans ce cas, le banquier restait tenu d'exécuter son engagement.(1) La doctrine française approuve généralement cette solution (2) en estimant, à juste titre, que permettre au banquier de se prévaloir de la nullité ou de la résolution de la vente irait à l'encontre du fondement de l'inopposabilité des exceptions.

b) fondements de l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de vente

108 . L'autonomie de l'engagement du banquier à l'égard du contrat de vente peut surprendre : économiquement, en effet, le crédit documentaire à d'abord pour but le règlement d'un prix de vente. Dès lors, comme l'écrit M. Friedel, "comment justifier le maintien de l'engagement du banquier alors que l'acheteur lui-même ne serait plus tenu ?"(3) Cependant, l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de ventes'est imposée comme une nécessité pratique, à la fois dans l'intérêt des vendeurs et dans celui des banques. Le vendeur entend par le moyen du crédit documentaire être payé ponctuellement : si l'on permettait au banquier d'opposer les exceptions tirées du contrat de vente, il serait amené à différer le paiement au moindre doute touchant la validité ou l'exécution du contrat de vente de peur d'engager sa responsabilité vis à vis de l'acheteur donneur d'ordre. On pourrait craindre, en outre, les manoeuvres dilatoires de ce dernier, cherchant à empêcher le banquier de payer en invoquant des exceptions non fondées en fait(4). Le vendeur devrait alors subir les aléas d'une procédure judiciaire partiellement incertaine dans le contexte international. Les Banques, de leur côté, se soucient fort peu d'avoir à contrôler la bonne exécution d'opérations commerciales auxquelles elles sont étrangères ; elles souhaitent que leur rôle se limite à l'examen de la régularité formelle des documents qui leur seront présentés. Leur intérêt rejoint donc ici celui des vendeurs pour justifier l'inopposabilité des exceptions.

-oooOooo-

Trib com Bruges 10 juin 1952, Banque 1952, 583, Rev trim de com 1954, 472.  
Stoufflet art précité in Enc Dalloz n° 40 ; Friedel, art précité p. 545  
Friedel, art précité, p. 543  
Friedel, art précité p 545 ; Stoufflet, Enc. Dalloz n° 39



C'est donc, en définitive, le simple souci de faciliter la mise en oeuvre du crédit documentaire, tant du point de vue du vendeur que de celui du banquier, qui commande le caractère non accessoire de l'obligation du banquier par rapport au contrat de vente. Ce n'est pas, comme dans d'autres sûretés non accessoires - du type de la garantie indemnitaire - la volonté de couvrir des risques liés à l'absence ou à la disparition du contrat principal. Economiquement, il faut le répéter, le crédit documentaire vise à assurer le règlement du prix de ce contrat ; si ce prix n'est pas dû, le vendeur ne doit pas être payé. Sans doute nous venons de voir que, pour des raisons de commodité, l'obligation de la banque envers le vendeur bénéficiaire est détachée du contrat de base, mais cela ne modifie pas, au fond, les rapports entre les parties ni l'étendue des risques couverts. Nous allons le voir en étudiant la contribution à la dette, c'est à dire les recours exercés par le banquier.

B - Les recours du banquier.

109 - Contrairement à ce que nous avons constaté en étudiant l'assurance-crédit ou, surtout, la garantie indemnitaire, le caractère non accessoire de l'obligation du banquier n'entraîne aucune modification fondamentale de son rôle : s'il accepte d'assurer le règlement du prix de vente, c'est pour le compte de l'acheteur donneur d'ordre. Il n'accepte jamais de jouer le rôle de débiteur principal en contribuant à la dette. C'est pourquoi le banquier qui a payé va pouvoir recourir contre le donneur d'ordre (a) mais aussi parfois contre le bénéficiaire (b).

a) recours contre le donneur d'ordre

110 . Le banquier qui a payé doit remettre au donneur d'ordre les documents au vu desquels il a effectué le paiement, mais cette remise ne se fait que contre remboursement du prix augmenté de la commission qui constitue la rémunération du crédit.(1) Ce recours peut bien sur être compromis, en fait, si le donneur d'ordre est insolvable et c'est pourquoi le banquier va toujours exiger des garanties (2). Mais, en droit, ce recours est toujours ouvert dès lors que le banquier a correctement exécuté le contrat qui le liait au donneur d'ordre, c'est-à-dire, qu'il a payé au vu de documents réguliers : le donneur d'ordre ne peut pas refuser de rembourser le banquier au motif que le contrat de vente qui servait de base au crédit était nul ou résolu, ou qu'il aurait pu l'être en raison de l'inexécution ou de l'exécution incorrecte de la part du vendeur. La banque n'entend certainement pas prendre à sa charge les conséquences de cette nullité ou de cette résolution.

Il en va autrement, sans doute, dans le cas où les documents produits étaient irréguliers ou non conformes aux stipulations de l'accréditif. Dans ce cas, il est admis que le donneur d'ordre peut refuser de rembourser la banque en lui laissant pour compte les documents - c'est-à-dire que la banque devient propriétaire de la marchandise dont il a payé le prix.(3) On voit, là, une hypothèse où la banque supporte définitivement la charge de la dette ; mais ce n'est pas l'effet normal de son engagement : c'est, au contraire, parce qu'il n'a pas exécuté correctement le contrat qui le liait à son client qu'il est tenu, à titre de réparation, de se substituer à celui-ci dans le marché. (4) Il aurait dû, en présence de documents irréguliers, refuser de payer le bénéficiaire ou, tout au moins, faire des réserves, ce qui lui aurait ouvert un recours contre le bénéficiaire.

b) recours contre le bénéficiaire.

111 . Le bénéficiaire du crédit documentaire est exposé à un recours chaque fois que ses rapports avec l'acheteur ne lui auraient pas normalement

-oooOooo-

1) sur la rémunération du banquier voir Stoufflet, thèse précitée n° 48 s.  
2) Stoufflet, thèse précitée, n° 44 s, 166 s  
3) com 13 juillet 1954, D 1954-630 ; 13 février 1958, Bull civ VIII n° 83, Stoufflet thèse précitée n° 306 s.  
4) Stoufflet, thèse précitée n° 308-309

donné droit à obtenir le paiement du prix de vente (nullité ou résolution de la vente, inexécution ou mauvaise exécution de ses obligations de vendeur). En principe, ce recours est exercé par le donneur d'ordre qui a du, alors qu'il n'était pas débiteur, désintéresser la banque : il en va ainsi, du moins, si les documents produits étaient réguliers. En revanche, si les documents étaient irréguliers, nous avons vu que le donneur d'ordre n'était pas tenu de rembourser la banque (1), mais alors on reconnaît dans certains cas un recours direct de la banque contre le bénéficiaire. Il en va ainsi, tout d'abord, si celui-ci a dissimulé frauduleusement l'irrégularité : le banquier aurait pu, nous l'avons vu, refuser le paiement s'il avait découvert la fraude ; il est logique qu'il puisse se faire restituer ce qu'il a indûment versé. Le banquier peut aussi recourir contre le bénéficiaire si, en payant, il a fait des réserves(2). C'est ce qui se produit lorsque le banquier découvre une irrégularité peu grave dont il estime qu'elle n'affecte pas, au fond, l'opération commerciale ; il paie alors sous réserve, c'est-à-dire que le paiement n'est définitivement acquis au bénéficiaire que s'il est ratifié par le donneur d'ordre. Si le donneur d'ordre refuse cette ratification, le banquier pourra agir en restitution contre le bénéficiaire (3). La doctrine est en revanche divisée sur le point de savoir si la banque a un recours lorsqu'elle a payé sans faire de réserves, parce qu'elle n'a pas découvert l'irrégularité des documents : en général, la doctrine française estime que le banquier n'a pas de recours dans ce cas car, ayant apporté un soin insuffisant à la vérification des documents, il doit supporter les conséquences de sa faute. (4) Nous retrouverons plus loin, d'une manière générale, cette question des recours contre le bénéficiaire d'une sûreté non accessoire (5). Ce qu'il fallait ici montrer, c'est que, dans le crédit documentaire, le bénéficiaire qui a reçu paiement n'est pas assuré de le conserver ; s'il n'était pas vraiment créancier, il devra le restituer,

-oooOooo-

- (1) voir n° précédent
- (2) Stoufflet, thèse précitée n° 447 ; les devoirs du banquier qui reçoit des documents irréguliers, Banque 1965, p. 418 s, cf. Com 28 février 1976, JCP 1977. II. 18536 note Stoufflet, Banque 1976, 1037 obs L Martin, Bull civ IV n° 60 p. 52
- (3) pour se protéger contre l'insolvabilité du bénéficiaire le banquier exigera le plus souvent une lettre de garantie de la part d'une banque du pays du vendeur ; juridiquement cette garantie est simplement un cautionnement de l'obligation de remboursement qui pèse sur le bénéficiaire dans ce sens Stoufflet thèse précitée n° 376 et Enc Dalloz n° 109.
- (4) Stoufflet enc. Dalloz n° 119 ; Gavalda-Stoufflet, cp cit. n° 537 - contra Epschtein et Bontaux; Sécurités et précarités du crédit documentaire, P. 189 s.
- (5) voir infra 2ème partie n° 224s

soit à son cocontractant, soit directement au banquier. L'inopposabilité des exceptions a, dans un premier temps, permis son règlement sans discussion ; mais il est clair qu'elle ne modifie pas la contribution à la dette. Nous allons retrouver les mêmes principes à propos des cartes de crédit qui ne sont pas, d'ailleurs, sans présenter de nombreuses ressemblances avec le crédit documentaire.

§ 3 - Les cartes de crédit.

112 - L'usage des cartes de crédit comme moyen de paiement est en train de connaître une expansion considérable dans les pays européens. C'est une technique intéressante pour notre propos dans la mesure où elle comporte, de la part de l'organisme émetteur, un engagement, indépendant du contrat, qui a donné lieu à l'utilisation de la carte, et qui garantit le commerçant contre l'insolvabilité de l'acheteur porteur de la carte. Il faut bien préciser, d'emblée de quelles cartes de crédit nous parlons ici, car cette appellation générique recouvre en réalité des systèmes bien différents.(1) C'est ainsi qu'il faut mettre à part les cartes simplement accréditives - du type "Intercarte" de la Banque populaire ou carte de garantie de la Caisse d'épargne.(2) La possession d'une telle carte ne dispense pas de l'usage du chèque, elle le complète et le facilite : la banque émettrice s'engage en effet simplement, à concurrence d'un certain montant, à payer les chèques tirés par le porteur et portant référence de la carte même s'ils ne sont pas provisionnés. Cet engagement, de nature subsidiaire et accessoire peut s'analyser comme un cautionnement donné par la banque au profit des bénéficiaires de chèques.(3)

-oooOooo-

- (1) voir : Chabrier, les cartes de crédit, 1968 ; Stoufflet, les cartes de crédit en France; Etudes de droit contemporain, 1970, p. 189 à 210 ; M. Schlüsser et G. Tardy, les cartes de crédit 1971 ; C. Gavaldà, les cartes de paiement, Economica, 1980 - pour le droit allemand voir notamment : Stauder/Weissensee, das Kreditkartengeschäft, Frankfurt, 1970 ; Zahrgnt, Die Kreditkarte unter privatrechtlichen Gesichtspunkten, NJW 1972 p. 1078 s ; Praxis und Recht das Kreditkartenverfahrens, Nn 29/30 der Gelben Reihe, Institut für internationales Recht...Mainz, 1978 (ronéo).
- (2) voir : Lafournière, les "chèques-cartes", Banque, février 1967 ; E. van Hooven, la carte de chèque, Bankbetrieb, n° 9 Sept. 1967 ; Schaudwet, Rechtsfragen der Scheckkarte, NJW 1968 9 A.
- (3) dans ce sens : Chabrier, V° Cartes de crédit, Enc. Dalloz Droit commercial n°52, De Juglart et Ippolito, Droit commercial vol 4 2ème éd, Banque et bourse, n° 1633-3 . On pourrait, il est vrai être tenté d'y voir une garantie non accessoire dans la mesure où l'obligation de paiement de la banque apparaît tout à fait indépendante du contrat passé entre le titulaire de la carte et le commerçant (en ce sens la doctrine allemande qui y voit une application du Garantievertrag - cf par exemple Schaudwet, art. précité) Mais il ne faut pas oublier que c'est le paiement du chèque, et non la créance née du contrat commercial, qui est garanti ; or ce paiement est, lui-même, indépendant du rapport commercial. la dérogation au caractère accessoire est donc purement apparente (comp. infra nos développements relatifs à l'aval n°: 121 s.)

Plus intéressantes pour nous sont les véritables cartes de crédit qui sont en elles-mêmes des moyens de paiement se substituant au chèque - et qu'il vaudrait mieux, d'ailleurs, appeler cartes de paiement (1) car elles n'emportent pas toutes systématiquement l'octroi d'un crédit à leur titulaire pour le remboursement des sommes réglées. Le type le plus répandu en France en est la Carte Bleue émise par un groupement de banques, mais d'autres cartes du même type sont émises par des organismes non bancaires (Diner's club, American Express ...). Le schéma général est le suivant : la carte fonctionne auprès d'un réseau de commerçants affiliés auprès de l'organisme émetteur. Ces commerçants s'engagent auprès de l'organisme émetteur à ne pas exiger de leurs clients titulaires de la carte un paiement comptant ; ils feront simplement signer à ces clients une facture portant référence de la carte ; cette facture leur permettra ensuite d'obtenir paiement directement par l'organisme émetteur qui récupérera auprès du client, selon des modalités variables, le montant des sommes versées.

- 113 - Ce système comporte des avantages multiples. Pour l'organisme émetteur c'est une source de bénéfice non négligeable grâce aux cotisations versées par les porteurs de cartes et aux agios payés par les commerçants affiliés. Le porteur, quant à lui, y voit un moyen commode et rapide de paiement valable non seulement dans son pays d'origine mais aussi, très souvent, à l'étranger ; c'est, en outre, un moyen de crédit : indépendamment des possibilités de crédit à court terme rémunéré qui sont généralement offertes aux porteurs de carte, les délais qui s'écoulent généralement entre l'achat réglé au moyen de la carte et le remboursement effectué à l'organisme émetteur constituent une facilité de caisse appréciable. Quant au commerçant affilié, moyennant une rémunération versée à l'organisme émetteur, il se trouve assuré d'obtenir le paiement, sans être exposé au risque d'un défaut de provision que lui ferait courir le chèque. Le système des cartes de crédit comporte en effet, de manière inhérente, une garantie de paiement fournie par l'organisme émetteur. C'est cette garantie, indépendante du contrat qui a donné lieu à l'utilisation de la carte, qu'il nous faut ici étudier plus en détail, d'abord en en précisant le fonctionnement (A) puis en en recherchant la nature juridique (B).

-oooOooo-

1) C. Gavalda, op. cit.

A - Fonctionnement de la garantie.

114 - Il y a une garantie de paiement de la part de l'organisme émetteur en ce que celui-ci est tenu de régler les factures qui lui sont présentées par le commerçant sur simple demande de celui-ci. Jusqu'à concurrence d'un certain montant - actuellement 500F pour la Carte Bleue - ce paiement est définitif en ce sens que l'organisme émetteur ne peut récupérer auprès du commerçant les sommes qu'il ne parviendrait pas à obtenir du porteur de la carte. Le commerçant se trouve ainsi garanti contre l'insolvabilité du porteur.

Cette garantie est de nature non accessoire. En effet, l'organisme émetteur ne peut opposer au commerçant aucune exception tirée, ni de ses propres relations avec le porteur, ni - et c'est surtout cela qui nous intéresse - du contrat intervenu entre le commerçant et le porteur.(1) Dans tous les documents contractuels rédigés par les émetteurs de cartes de crédit pour régler leurs relations tant avec les fournisseurs qu'avec les titulaires de cartes, il est spécifié que les litiges relatifs au contrat dont il s'agit d'assurer le paiement doivent être réglés exclusivement entre le commerçant et le porteur de la carte, sans que l'organisme émetteur ait à intervenir. Si, par exemple, le porteur de la carte prétend que son consentement a été vicié, ou que la chose achetée ne lui a pas été livrée, ou encore qu'elle était affectée d'un défaut caché, cela ne doit pas empêcher l'organisme émetteur de régler le commerçant. Comme dans le crédit documentaire irrévocable, l'obligation de paiement qui pèse sur l'émetteur de la carte est détachée de l'obligation principale, bien qu'elle serve à assurer son règlement.

115 - Ce caractère non accessoire de l'obligation de l'émetteur n'a cependant aucune incidence sur sa contribution à la dette - et on retrouve ici l'analogie avec le crédit documentaire. L'organisme émetteur n'entend garantir le commerçant que contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Si la créance du commerçant contre le porteur de la carte se révèle finalement inexistante (par suite de la nullité ou de la résolution du contrat de vente), le paiement qui aura été fait par l'organisme émetteur au vu de la facture ne profitera au fournisseur que de manière temporaire. On le voit en étudiant le jeu des recours.

L'émetteur, qui n'entend pas supporter définitivement la charge de la dette,

-oooOooo-

(1) Chabrier, Enc Dalloz, précité n° 33 ; Rodière et Rives-lange, Droit bancaire, précis Dalloz, 2 ème ed 1975 n° 206 ; Ripert et Roblot t II, 9 ème ed, 1981 ,° 2450

se ménage toujours contractuellement un recours contre le titulaire de la carte. Or celui-ci ne peut refuser de désintéresser l'organisme émetteur en invoquant les vices du contrat qui le lie au commerçant : toutes les conditions générales relatives aux relations émetteur-porteur le précisent expressément.(1) Le porteur peut ainsi être amené à payer alors que le contrat de vente n'avait fait naître aucune obligation à sa charge, dans ce cas il aura un recours contre le commerçant qui a reçu un paiement qui ne lui était pas dû.

Dans certaines conditions générales - par exemple celles de l'American Express - il est prévu, à côté de ce jeu normal des recours, un système simplifié : l'organisme émetteur peut recourir directement contre le commerçant et lui demander le remboursement de ce qu'il lui a payé si le porteur de la carte conteste l'existence de la créance du commerçant. Il apparaît ici de manière particulièrement nette que l'émetteur n'entend nullement garantir le commerçant contre l'absence de créance. Comme dans le crédit documentaire, l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat de vente ne vise qu'à faciliter la mise en oeuvre des droits du fournisseur qui a accepté la carte, mais non pas à étendre ces droits au delà de ceux qui résultent du contrat de vente.

Ces considérations influent directement sur la nature juridique de l'engagement de l'émetteur .

#### B - Nature juridique

116 - Il faut, d'emblée, écarter les explications fondées sur une sûreté accessoire comme le cautionnement. On ne peut considérer la banquier ou l'organisme émetteur comme une caution du porteur de carte car il pourrait opposer les exceptions tirées du contrat entre ce dernier et le commerçant - ce qui nous le savons n'est pas le cas ici.(2) Sans doute, nous verrons qu'il est possible d'écarter dans une certaine mesure le caractère accessoire du cautionnement, lorsque, comme ici, cela ne modifie pas la contribution à la dette.(3) Mais une autre raison s'oppose de manière décisive à l'assimilation de l'engagement de l'émetteur de la carte à celui d'une caution : c'est que, comme nous l'avons déjà relevé, la caution, même solidaire, est tenue à titre subsidiaire alors que la carte de crédit est

-oooOooo-

(1) exemple : Contrat adhérent de l'American Express, cité par Chabrier, les cartes de crédit, p. 96

(2) dans ce sens Chabrier op cit p. 92

(3) voir infra à propos des garanties à première demande n° 128 et s.

d'abord un moyen de paiement et que c'est l'organisme émetteur qui doit en principe assurer le règlement de la facture. Le débiteur originaire reste tenu mais il ne l'est plus qu'à titre subsidiaire, le commerçant ne s'adressant à lui que dans les cas - rarissimes - où l'organisme émetteur ne veut pas ou ne peut pas payer.

117 - En Allemagne, où la question a été fréquemment débattue, on analyse généralement l'engagement de l'émetteur de la carte comme une forme de " Garantievertrag", ce qui permet de rendre compte du caractère non accessoire de cet engagement.(1) En France, une explication du même ordre est soutenue par M. Chabrier, qui voit dans l'engagement de l'émetteur une convention de ducroire(2); cela rejoint - sans doute inconsciemment - l'analyse allemande, dans la mesure où, selon nous, le ducroire est une application particulière de la garantie indemnitaire.

Ces analyses se heurtent, là encore, à diverses objections - La première est celle que nous avons déjà soulevée à propos du cautionnement, à savoir que le garant dans le Garantievertrag (ou le ducroire) a normalement un rôle de second plan, cette objection est cependant tournée en Allemagne où l'on fait observer que, le contrat de garantie n'étant pas réglé par la loi, les parties peuvent le modeler à leur guise et convenir, en particulier, de faire du garant un débiteur primaire.(3) Il existe cependant, à notre sens, un autre argument contre l'assimilation de l'engagement de l'émetteur de carte à un contrat de garantie : c'est que, comme nous l'avons vu, l'absence de caractère accessoire n'a pas du tout la même portée, ni la même fonction dans l'un et l'autre cas. Affectant la contribution à la dette dans la garantie indemnitaire, elle est un moyen de couvrir des risques plus étendus ; dans le système des cartes de crédit, où le garant n'entend pas assumer la charge de la dette, l'absence de caractère accessoire est seulement un moyen de faciliter la mise en oeuvre des droits du fournisseur, de lui procurer un paiement garanti équivalent à un paiement comptant.

-oooOooo-

- (1) Praxis und Recht des Kreditkartenverfahrens, précité, 2<sup>ème</sup> partie par G. Böttgen (aspects juridiques) p. 24 (avec certaines réserves p. 26-27 ; Zahnnt, art. précité p. 1079.  
(2) Chabrier, op cit p. 93 s.  
(3) Böttger, op cit p. 26.



118 - C'est pourquoi nous croyons, en définitive, que la meilleure explication possible du système des cartes de crédit se trouve, une fois encore, dans la délégation. Les diverses analogies que nous avons relevées avec le crédit documentaire vont d'ailleurs dans le même sens. On peut dire que le porteur de la carte, en signant la facture, délègue l'organisme émetteur au commerçant. On retrouve bien ici les traits caractéristiques de la délégation : caractère primaire de l'engagement de l'émetteur délégué, inopposabilité des exceptions tirées des rapports fondamentaux, absence de contribution à la dette du tiers chargé d'effectuer le paiement ... Sans doute, comme dans le cas du crédit documentaire, le système des cartes de crédit, forgé par la pratique, ne peut se mouler exactement dans le cadre traditionnel de la délégation; la spécificité la plus nette du système des cartes de crédit réside en ce que la délégation de paiement qui s'opère à chaque utilisation de la carte s'intègre dans le cadre de deux contrats globaux préalables : l'un entre l'organisme émetteur et le fournisseur, l'autre entre l'émetteur et le titulaire de la carte. L'acceptation du délégué et du délégataire de ce mode de paiement est donc donnée de manière anticipée, et non à l'occasion de chaque opération. Mais celle ci n'en correspond pas moins au schéma général de la délégation.

Récemment, un autre rapprochement a été fait dans la doctrine entre l'engagement de l'émetteur d'une carte de crédit et l'obligation de la banque garante "à première demande".(1) On retrouve en effet dans les deux cas la même indépendance de l'engagement du tiers et cette indépendance a la même portée du point de vue de la contribution à la dette. Mais, tandis que la carte de crédit est un moyen de paiement, les garanties "à première demande" restent avant tout des modes subsidiaires d'exécution de l'obligation du débiteur. Nous les rangerons donc, non pas dans les mécanismes apparentés à la délégation, mais parmi les sûretés non accessoires dérivées du cautionnement.

-oooOooo-

(1) Vasseur, note D 1979- J - 259 in fine

CHAPITRE SECOND - LES SURETES NON ACCESSOIRES

DERIVEES DU CAUTIONNEMENT

119- Dans le cautionnement de droit commun, le garant occupe une place de débiteur subsidiaire, de second rang, en ce que c'est normalement au débiteur principal qu'incombe l'exécution de l'obligation, la caution n'intervenant qu'à son défaut. Cela ne veut pas dire que le créancier soit tenu d'agir préalablement contre le débiteur et de recourir contre la caution seulement si le débiteur est insolvable. Dans le cautionnement solidaire, qui est, tant en France qu'à l'étranger, la forme de cautionnement la plus pratiquée, la caution n'a pas le bénéfice de discussion. C'est à dire que la caution et le débiteur sont placés juridiquement sur le même plan et que le créancier peut, à son choix, s'adresser à l'un ou à l'autre. L'esprit de l'opération n'en est pas moins différent de celui de la délégation ou des techniques apparentées, dans lesquelles c'est au tiers, intervenant aux côtés du débiteur originaire, d'assurer normalement l'exécution de l'obligation à sa place. C'est que ces techniques sont d'abord des moyens de paiement, tandis que le cautionnement, même solidaire, demeure une garantie.

Le créancier peut néanmoins désirer que cette garantie soit "liquide", pour reprendre une expression employée par les auteurs allemands. Il peut souhaiter qu'à défaut d'obtenir l'exécution par le débiteur principal, du moins le paiement par le garant ne souffre aucun retard, aucun délai. Toute l'évolution du cautionnement de droit commun est dans ce sens: il s'agit beaucoup plus d'assurer au créancier un paiement ponctuel que de le protéger contre l'insolvabilité définitive du débiteur. C'est précisément dans cet esprit que la pratique a abandonné le cautionnement simple, dans lequel la caution peut obliger le créancier à vérifier préalablement la solvabilité du débiteur ou des autres cautions. Mais cet abandon du caractère subsidiaire du cautionnement ne sera pas toujours suffisant. Il faut encore, pour assurer au créancier la certitude du paiement à l'échéance, que la caution ne puisse pas contester les droits du créancier, notamment en s'appuyant

sur des exceptions tirées de l'obligation principale. La sécurité absolue du créancier ne pourra donc être acquise qu'au prix d'une limitation du caractère accessoire de l'obligation de la caution.

Cette limitation, cependant, ne doit pas modifier fondamentalement la situation de la caution: celle-ci n'entend toujours prendre à sa charge que le seul risque d'insolvabilité du débiteur, et n'entend pas contribuer juridiquement à la dette. L'atteinte doit seulement faciliter la mise en oeuvre de l'obligation du garant. C'est pourquoi on peut, à notre avis, parler de simples variantes du cautionnement.

On est en présence de telles variantes du cautionnement lorsque le cautionnement est donné sous la forme cambiaire (Section 1), mais aussi, en dehors de cette forme, dans la pratique actuelle des garanties bancaires indépendantes (Section 2).

SECTION 1 - Les formes cambiales du cautionnement.

120 - Au delà de l'analogie, qui a été relevée plus haut, entre l'inopposabilité des exceptions dans la lettre de change et dans le cautionnement, le droit cambial se caractérise par l'indépendance des rapports juridiques nés du titre et des rapports fondamentaux préexistants entre les parties. On peut donc penser que le cautionnement, lorsqu'il est donné sous la forme d'une signature cambiale va se détacher, lui aussi des rapports fondamentaux et en particulier de la créance qu'il vise à garantir. En réalité, il faut distinguer ; l'abstraction des rapports cambiaux repose sur l'apparence(1), pour que le cautionnement soit affecté par cette abstraction, il faut que la qualité de caution ne soit pas apparente aux yeux du porteur. C'est pourquoi il faut distinguer, à notre avis, selon que la caution cambiale se présente en cette qualité, dans le cadre d'un aval (§1) ou qu'elle apparaît comme un signataire quelconque de l'effet de commerce.(§2) Ce n'est que dans la seconde hypothèse qu'il y a, véritablement dérogation au caractère accessoire du cautionnement.

§1 - L'aval

121 - En droit français, l'aval est prévu et réglementé par l'article 130 du Code de commerce qui reprend, à une réserve près, les articles 30 et 32 de la loi uniforme. Bien que le texte parle seulement de "garantie" la doctrine unanime considère que l'avaliste est une caution solidaire(2) et cette qualification, admise par la jurisprudence française avant 1930, a été maintenue depuis.(3) Il semble cependant que les règles du droit cambial imposent ici certaines dérogations au caractère accessoire du cautionnement. Si l'avaliste est une caution, qui n'est pas personnellement intéressée à la dette, il est en même temps un débiteur cambial, soumis en principe aux règles cambiales, notamment à l'inopposabilité des exceptions et à l'indépendance des signatures. On peut donc concevoir qu'il soit tenu alors que le débiteur principal ne l'est pas.

-oooOooo-

- (1) J. Calais-Auloy, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, LGDJ; 1961 ; cf aussi M. Vivant, le fondement juridique des obligations abstraites, D 1979, chr 39 s.
- (2) Ripert et Roblot, t II , n° 2005 ; Roblot, les effets de commerce n° 242 ; Rodière et Oppetit n° 73 ; Simler, JCL Civil, Cautionnement, fasc A n° 146 ; Geisenberger, L'aval des effets de commerce, LGDJ 1954 ; Sigalas, le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiale, thèse Aix 1959, ronéot.
- (3) la jurisprudence en déduit notamment l'application de l'article 2037 CCiv au donneur d'aval : Reg 19 déc. 1927, DH 1928-86 ; 30 juin 1942, DA 1943-21 ; Com 5 janvier 1957 Bull av III n° 7.

Cette "situation juridique ambiguë" du donner d'aval(1) se trouve bien reflétée par la contradiction, apparemment irréductible, qui existe entre deux alinéas de l'article 130 du Code du commerce, Au termes de l'article 130 alinéa 7 "le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant". Mais le caractère accessoire de l'engagement du donneur d'aval, qui semble résulter de ce texte, est aussitôt infirmé par l'alinéa 8 qui ajoute que " son engagement est valable alors même que l'obligation qu'il a garantie est nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme.(2)

122 - On peut d'abord remarquer que la dérogation au caractère accessoire du cautionnement est strictement limitée par l'alinéa 8 aux cas de nullité de l'obligation principale. Il semble donc que l'avaliste puisse opposer, par l'application de l'alinéa 7 toutes les autres exceptions tenant à l'obligation du débiteur garant - dans la mesure, bien sûr, ou celui-ci peut les opposer lui-même.(3) C'est ainsi par exemple que l'avaliste du tiré peut opposer l'exception d'inexécution en cas de défaut de provision si le paiement est réclamé par le tireur lui-même ou par un porteur de mauvaise foi au sens de l'article 121 du Code du commerce. Mais si le tiré ne peut lui-même opposer cette exception parce qu'il a affaire à un porteur de bonne foi, le donneur d'aval ne le peut pas non plus. Le principe de l'accessoire joue ici pleinement.

Qu'en est-il maintenant dans le cas, visé expressément par l'alinéa 8, où l'obligation principale est nulle ? En réalité, même dans ce cas, la dérogation au caractère accessoire n'a qu'une portée limitée. Le texte lui-même précise que l'avaliste peut opposer la nullité de l'obligation garantie lorsqu'elle tient à un vice de forme, c'est à dire à une irrégularité de la lettre change. C'est ce que, dans ce cas, le vice est apparent, et il n'y a aucune raison de protéger le porteur qui, au moment où il a reçu le titre, devait savoir à quoi s'en tenir, Aussi bien, par analogie, la doctrine française admet-elle unanimement que l'avaliste peut toujours opposer la nullité de l'obligation principale chaque fois que le porteur ne pouvait ignorer cette

-oooOooo-

- (1) N. Montout-Roussy, la situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D 1974, chr p. 197 ; adde : M. Simay, la situation juridique du donneur d'aval, Rev trim dr Com 1953 p. 17.
- (2) en droit comparé on retrouve la même hésitation entre le caractère accessoire de l'engagement du donneur d'aval et l'indépendance de sa signature - cf Roblot, op cit, n° 242 note 4.
- (3) Roblot op cit n° 254 et la jurisprudence citée note 3 ; Mouly, thèse précitée n° 216 et note 1 qui note que "cette position est celle d'une doctrine et d'une jurisprudence univoque".

nullité(1) : soit qu'il s'agisse de la personne envers laquelle cette obligation avait été contractée, soit qu'il s'agisse d'un tiers porteur qui "a eu conscience en acquérant la lettre, d'agir au détriment du débiteur cambiaire" et donc de son avaliste. La jurisprudence est très nettement dans ce sens.(2) Les causes de nullité que l'avaliste ne peut pas opposer sont donc, en général, celles que le débiteur garanti n'aurait pas pu opposer lui-même - c'est à dire à un porteur de bonne foi étranger à l'obligation garantie. Ce n'est pas la une dérogation, mais tout au contraire une application de la règle de l'accessoire.

123 - Il reste cependant deux cas, semble-t'il, où l'avaliste pourrait être tenu alors que le débiteur garanti ne l'est pas. Il s'agit d'une part de l'incapacité du débiteur principal, et d'autre part du faux parce que le débiteur peut opposer ces deux exceptions même à un porteur de bonne foi. L'avaliste, par application de l'article 130 alinéa 8, ne le pourrait pas(3).

On peut cependant s'interroger sur la portée de ces solutions. L'aval d'une personne dont la signature a été imitée est sans doute extrêmement rare en pratique car il suppose que l'avaliste se soit engagé sans avoir ~~aucun~~ contact avec le signataire apparent. On peut en outre sérieusement douter de l'application de l'article 130 alinéa 8 à cette hypothèse : certains auteurs se sont demandé s'il ne s'agissait pas là d'une nullité de forme(4) nous nous demanderons plutôt s'il s'agit bien d'un cas de nullité de l'obligation garantie. En réalité l'obligation est inexistante, ou s'il en existe une, elle pèse sur l'auteur du faux mais non sur le débiteur que l'avaliste avait entendu garantir. Celui-ci ne devrait donc pas être tenu en cas de faux. Quant à l'incapacité du signataire garanti, elle ne peut sans doute pas être invoquée par l'avaliste ; mais cette dérogation au caractère accessoire rentre dans la règle de droit commun de l'article 2012 alinéa 2 du Code civil(5) et s'explique, comme nous l'avons vu, par l'idée

-oooOooo-

- (1) Roblot op cit n° 253 ; Montout-Roussy, art précité ; Mouly, thèse précitée n° 215.
- (2) voir par exemple à propos d'une nullité pour violation de la réglementation des ventes à tempérament . Com 16 janvier 1971, Bull civ 1971 IV n° 27
- (3) Roblot, op cit n° 253 ; Geisenberger, thèse précitée p. 182-185 ; Montout-Roussy, p. 199
- (4) Geisenberger thèse précitée p. 214-216
- (5) Mouly, thèse précitée n° 217 qui en déduit que l'avaliseur doit connaître l'incapacité du débiteur garanti.

que le garant n'est plus une caution mais un porte-fort tenu à titre indépendant.

124 - En définitive, il nous semble que les dérogations au caractère accessoire de l'engagement du donneur d'aval sont un "trompe-l'oeil". Sans doute, le donneur d'aval est-il plus strictement tenu que ne l'est une caution ordinaire, en ce que, dans de nombreux cas, il ne peut pas opposer les exceptions tenant à l'obligation du débiteur qu'il garantit. Mais c'est parce que le débiteur ne peut pas lui-même opposer ces exceptions. On remarquera de surcroît que cette inopposabilité des exceptions n'empêchera nullement le donneur d'aval d'exercer ses recours contre le débiteur garanti : car les exceptions qu'il n'a pu opposer lui seront, de même, inopposables. Ce sera au signataire garanti, s'il a payé une somme qu'il ne devait pas, de se retourner ensuite contre son cocontractant sur le terrain des rapports fondamentaux.

La situation est plus complexe lorsque le cautionnement est donné sous forme d'une signature cambiaria quelconque.

§2 - Le cautionnement cambiaria par un signataire quelconque de l'effet.

125 - Nous avons déjà signalé que la lettre de change pouvait être utilisée pour réaliser un cautionnement lorsque le tiré s'engageait uniquement pour prêter son crédit au tireur. Mais d'une manière plus générale, toute signature sur un effet de commerce si elle émane d'une personne non intéressée à la dette, peut être constitutive d'un cautionnement puisque tous les signataires de l'effet sont solidairement responsables de son paiement.(1) On est dans la situation la plus proche d'un cautionnement lorsque la garantie est donnée par un signataire auquel le porteur de l'effet ne doit normalement s'adresser qu'en second lieu, si le tiré ne paie pas : ce peut être un endosseur quelconque, ou le tireur lorsque la traite est escomptée au profit du tiré.(2)

-oooOooo-

- (1) C'est la seule forme de cautionnement cambiaria connu par les droits anglo-américain qui ignorent l'aval. cf Roblot, op cit n° 259. in fine
- (2) c'est notamment ce qui se produit dans la pratique dite de "l'escompte fournisseur" (Com 23 juin 1971, D 1972, 175 note M. Cabrillac ; JCP 72 II 170 40 note Gavalda) : au lieu que ce soit le fournisseur qui tire une traite sur son acheteur et qui la fasse escompter, c'est l'acheteur (débiteur) qui est le tireur et le fournisseur le tiré ; la traite est escomptée par le tiré auprès de sa propre banque. L'opération s'analyse en un crédit acheteur garanti par le cautionnement cambiaria du fournisseur (voir en ce sens l'excellente analyse de D. Martin, l'escompte indirect, Gaz. pal 1972-2-422).

Dans ce type d'opération on constate un décalage entre l'apparence cambiaire et la réalité extra cambiaire. Le signataire est en réalité un garant, il n'est pas intéressé à la dette et ne doit pas normalement en supporter la charge ; mais, aux yeux du porteur, il apparaît comme un débiteur cambiaire comme un autre. Les dérogations au caractère accessoire seront dès lors beaucoup plus importantes que dans le cas de l'aval où la situation de caution de l'avaliste apparaît immédiatement aux yeux de tout porteur soit par la mention "bon pour aval", soit par la place de la signature sur l'effet (article 130 alinéas 4 et 5 du Code de commerce) et, où, en conséquence, l'avaliste peut opposer les mêmes exceptions que le débiteur garanti. Dans le cas qui nous intéresse maintenant il faut au moins distinguer selon que le porteur avait ou non connaissance de la situation de caution du signataire.

126 - Dans l'hypothèse la plus fréquente, le porteur de l'effet sait parfaitement que tel signataire est en réalité un garant non intéressé à la dette : la banque qui escompte un effet au tiré ne peut ignorer que le tireur intervient comme garant ; il en est de même si elle voit s'interposer un endosseur entre le bénéficiaire de l'escompte et elle-même : cet endosseur ne peut être qu'une caution. Le porteur ne peut alors traiter cette caution comme un débiteur quelconque ; il n'aura pas plus de droits à son encontre que ceux qu'il aurait contre un donneur d'aval - c'est à dire, nous l'avons vu, pas plus que contre le débiteur garanti.

Si, par contre, la traite a circulé, il se peut que le porteur, non payé à l'échéance par le tiré, s'adresse au tireur ou à un endosseur sans savoir que celui-ci est en réalité une caution. A ses yeux c'est un débiteur cambiaire comme un autre, entièrement soumis à la règle de l'indépendance des signatures et à l'inopposabilité des exceptions : la caution cambiaire, dans ce cas, ne peut opposer que les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le porteur qui lui demande le paiement ; elle ne peut, à l'évidence, faire valoir aucune exceptions appartenant au débiteur qu'elle a garanti encore que celui-ci ait pu les opposer lui-même. Le caractère accessoire du cautionnement est ici complètement éclipsé par les règles du droit cambiaire.

127 - Le caractère accessoire va, cependant, réapparaître sur le terrain des rapports fondamentaux car l'application des règles cambiaires ne change pas, au fond, la situation du garant. Celui-ci, après avoir payé, se retournera contre le garanti qui, tenu sur le fondement de la lettre de change, ne pourra pas à son tour lui opposer d'exceptions. Ce sera ensuite au



garanti, s'il n'était pas débiteur, de se retourner contre son cocontractant sur le fondement du rapport fondamental. Voilà encore un cas où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette. Le même résultat peut être obtenu, d'une manière bien plus significative encore, sans le recours à la technique cambiaire. C'est ce qui se passe dans la pratique actuelle des garanties bancaires.

## SECTION 2 - LES GARANTIES BANCAIRES INDEPENDANTES.

128 - Les garanties bancaires indépendantes (1) spécialement celles du commerce international, sont aujourd'hui au premier plan de l'actualité juridique.(2) Connues depuis une vingtaine d'années dans les pays germaniques (3), elles ont été plus récemment découvertes par la doctrine française (4), à un moment où nos tribunaux commencent à connaître certains litiges nés de la pratique de ces garanties. Il n'est donc pas nécessaire d'en reprendre ici une étude exhaustive : notre propos sera

-oooOooo-

- (1) nous préférons cette expression à celle de "garanties contractuelles", parfois utilisée, qui nous semble beaucoup trop imprécise. Sans doute la formule de "garanties bancaires" n'est elle pas elle même à l'abri de toute critique dans la mesure où certaines garanties sont accordées par des compagnies d'assurance : cependant cette pratique est rare dans les pays européens. Par ailleurs, nous parlons des garanties indépendantes et non pas seulement des garanties "à première demande" qui n'en constituent qu'une variété.
- (2) ces garanties ont fait l'objet d'un colloque organisé par la FEDUCI à Tours les 19 et 20 juin 1980, sous le titre "Les garanties bancaires dans les contrats internationaux". Nous aurons fréquemment l'occasion de nous référer aux travaux de ce colloque, qui sont actuellement en cours de publication.
- (3) voir pour l'Allemagne : Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 1958 ; von Caemmerer, Bankgarantien in Aussenhandel, Festschrift für Otto Riese, 1964, p. 295 s ; Auhagen, Die Garantie einer Bank "auf erstes Anfordern" zu zahlen, thèse, Freiburg, 1966 ; Pleyer, Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM 1973/2, Sonderbeilage ; Horn, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980, p. 2153 s - pour la Suisse : Bär, Zum Rechtsbegriff der Garantie insbesondere im Bankgeschäft, précité ; Kleiner, Bankgarantie précité - adde : J. Käser, Garantieversprechen als Sicherheit im Handelsverkehr, Rabelszeitschrift, Bd 35, 1971 p. 601 s (étude de droit comparé de différents pays d'Europe et des Etats-Unis d'Amérique).
- (4) aux études déjà citées de M. Vasseur (D 1979-J-259) et de MM. Gavaldà et Stoufflet (Rev trim de com 1980 p. 1) on ajoutera : F. Eisemann, Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arbitrage 1972 p. 379 s ; M. Dubisson, Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution Droit et pratique du commerce international (D P C I) 1977 p. 423 ; G. Berlioz Les garanties dans les relations économiques internationales, JCP edCI, 13324 ; ainsi que les différents rapports au colloque de Tours, notamment les rapports de MM. Vasseur, Pouillet, Lesguillons

simplement de replacer ces garanties bancaires dans le tableau d'ensemble que nous essayons de dresser des différentes sûretés personnelles non accessoires. Pour ce faire il conviendra, après une rapide présentation générale des garanties bancaires (§1), d'en rechercher de manière plus approfondie la nature juridique (§2).

§1 - Présentation générale des garanties bancaires.

129 - Le phénomène des garanties bancaires indépendantes s'est surtout développé dans les relations commerciales internationales(A) mais on le rencontre aussi dans les relations internes.(B)

A - Les garanties dans le commerce international.

130 - Les garanties se sont développées en quelque sorte pour faire pendant au crédit documentaire, mécanisme protecteur du vendeur ; il s'agit cette fois de protéger l'acheteur - ou dans un contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage - contre les risques d'inexécution des obligations de faire qui pèsent sur son cocontractant.(1) L'hypothèse type est celle d'un exportateur ou d'un entrepreneur européen qui passe un marché de fournitures ou de travaux avec un contractant d'un pays en voie de développement.(2) Ce contractant - qui sera fréquemment l'Etat lui-même - veut être assuré de la bonne exécution du marché. A l'origine, la garantie était fournie sous la forme d'un dépôt de fonds ou de valeurs entre les mains du bénéficiaire ou, le plus souvent, d'une banque les détenant pour son compte. Mais cette forme de sûreté réelle, qui procurait à son bénéficiaire une sécurité très forte et une possibilité de paiement rapide, s'est très vite révélée anti-économique, car elle impliquait pour l'exportateur une immobilisation de fonds qui risquait, paradoxalement de compromettre la bonne exécution du marché qu'il s'agissait de garantir.(3) C'est pourquoi les dépôts de garantie, sans avoir complètement disparu(4), sont aujourd'hui de plus en plus souvent remplacés par l'engagement personnel d'une banque qui promet de verser une certaine somme au bénéficiaire si le marché n'est pas correctement exécuté.

-oooOooo-

- (1) adde deux articles en langue française d'auteurs belges : H. van Lier, Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, Journal des Tribunaux, 1980, p. 345 s ; et surtout Y. Pouillet, Les garanties contractuelles dans le commerce international, DP CI 1979 p. 387 s. sur l'apparition des garanties exigées par les acheteurs voir : Gavalda et Stoufflet, art précité, n° 1-2.
- (2) voir une excellente description du mécanisme in Pouillet, art précité n° 2 s. Or c'est, nous l'avons montré, uniquement sur ce terrain procédural que se situe, dans les garanties bancaires, la renonciation au caractère accessoire.
- (3) Pouillet, art précité n° 3; Pleyer, art précité p. 7 ; Lesguillons, Histoire signification et pratique des garanties, rapport introductif au colloque de Tours, précité
- (4) Lesguillons, op cit.

L'opération se déroule de la manière suivante : l'importateur met comme condition à la passation du marché la fourniture d'une garantie bancaire ; l'exportateur (donneur d'ordre) demande alors à sa banque, (garant) de s'engager envers son cocontractant (bénéficiaire) ; la garantie de la banque est généralement donnée sous forme d'une simple lettre adressée au bénéficiaire. Le plus souvent ce schéma est compliqué par l'intervention d'une banque du pays du bénéficiaire ; celle ci peut avoir un simple rôle d'intermédiaire, mais, plus fréquemment c'est elle qui émet la garantie, la banque du donneur d'ordre apparaissant alors comme un contre-garant, tenu de rembourser la banque du bénéficiaire si la garantie a joué.(1)

Au delà de ce schéma général, les garanties actuellement pratiquées dans le commerce international présentent une grande variété. On peut essayer d'en établir une typologie soit en fonction de leur objet (a) soit, surtout, en fonction de leurs conditions de mise en oeuvre.(b)

a/ typologie des garanties en fonction de leur objet.

131 - C'est surtout, nous l'avons dit, dans les marchés des travaux ou de fournitures que l'on rencontre les garanties bancaires, pour assurer l'exécution des obligations qui pèsent sur le vendeur ou sur l'entrepreneur(2). Les banques interviennent également, au plan international, pour garantir le remboursement de crédits mais ces garanties ont généralement moins retenu l'attention de la doctrine, sans doute parce qu'elles apparaissent plus proches du cautionnement de droit commun (3). A l'occasion d'un même marché, on peut rencontrer plusieurs types de garanties qui vont se relayer tout au long du déroulement de l'opération commerciale. On distingue généralement à cet égard les garanties de soumission (Bietungsgarantie, tender guarantee ou bid bond), les garanties de bonne exécution (Leistungsgarantie, performance guarantee ou performance bonds), les garanties de remboursement ou de restitution d'acompte (Anzahlungsgarantie, repayment guarantee). Cette typologie -non exhaustive - est celle qui a été admise par la Chambre de commerce internationale dans les "Règles Uniformes pour les garanties contractuelles" qu'elle a publiées en 1978 (4), et on peut

-oooOooo-

- (1) sur les difficultés particulières soulevées par l'existence d'une contre-garantie voir : M. Vasseur, note sous TGI Montluçon 9 janvier 1981, D 1981-J-390.
- (2) voir le rapport de L. Costet sur "Les contrats dont l'exécution est garantie" au colloque de Tours.
- (3) voir en matière d'euro-crédits : C. Jauffret-Spinosi et C. Kelly : La protection contractuelle, rapport au colloque organisé en octobre 1980 à Dijon par l'Institut de Relations internationales, Dijon, 1981
- (4) adoptées le 20 juin 1978, 1ère édition août 1978, publication n° 325 de la Chambre de commerce internationale.



se référer à cet égard aux définitions des divers types de garanties qui sont données dans l'article 2 de ces règles.

La garantie de soumission intervient dans la phase préliminaire à la passation du marché : elle désigne un engagement par lequel le garant "s'oblige en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations découlant de sa soumission - à effectuer un versement au bénéficiaire dans les limites d'un montant indiqué". Il s'agit d'éviter que le soumissionnaire dont l'offre est acceptée refuse ensuite de passer le marché. Une fois le contrat signé, la garantie de soumission sera relayée par la garantie de bonne exécution qui, comme son nom l'indique, oblige le garant pour le cas où le donneur n'exécuterait pas le contrat qu'il a passé avec le bénéficiaire. Enfin la garantie de remboursement désigne "un engagement... par lequel le garant s'oblige - au cas où le donneur d'ordre omettrait de rembourser conformément aux conditions du contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire toute somme ou sommes avancées ou payées par le bénéficiaire au donneur d'ordre et non remboursées par ailleurs - à effectuer un versement dans les limites d'un montant indiqué". Cette distinction entre les garanties en fonction de leur objet - c'est à dire de l'obligation garantie - apparaît comme purement descriptive. Elle ne révèle pas l'originalité des garanties bancaires, qui tient plutôt aux conditions de mise en oeuvre de l'obligation du garant.

b/ typologie des garanties en fonction des conditions de mise en oeuvre.

- 132 - La garantie fournie par la banque dans le cadre d'une opération du commerce international pourrait fort bien **prendre** la forme d'un cautionnement de droit commun. Cependant, en pratique, cette forme est apparue mal adaptée au but poursuivi par les parties.(1) D'une part le cautionnement, sûreté connue et réglementée dans les différents droits, rendrait la pratique contractuelle trop étroitement tributaire des particularités des législations nationales.(2) D'autre part et surtout, en raison de son caractère accessoire, le cautionnement ne paraissait pas pouvoir offrir au bénéficiaire les mêmes avantages que les sûretés réelles utilisées à l'origine. Le grand

-oooOooo-

(1) Gavalda et Stoufflet, article précité n° 3

(2) on songe particulièrement ici aux règles de forme imposées par certaines législations - voir supra n° 595

intérêt du dépôt de garantie, pour le bénéficiaire, était qu'il pouvait être saisi immédiatement et sans formalité à la moindre défaillance de son cocontractant ; la garantie ainsi procurée était immédiatement "liquide"<sup>(1)</sup> Le cautionnement, en revanche, expose son bénéficiaire à des risques de retard et de contestation dans la mesure où la caution peut opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal; au moins doit elle vérifier, avant de payer, que la demande du créancier est bien fondée et on peut craindre que le débiteur, pour retarder le paiement, (et donc le recours de la caution contre lui) conteste souvent, à tort, ce bien fondé. Dans ce cas, le bénéficiaire du cautionnement serait amené à tenter une procédure pour obtenir son paiement. La situation du bénéficiaire du cautionnement se trouve donc singulièrement affaiblie par le caractère accessoire, surtout dans les relations internationales où la position de demandeur est particulièrement défavorable.

C'est pourquoi la pratique internationale s'est éloignée du cautionnement de droit commun et a développé des formes de garanties caractérisées par une certaine indépendance de l'engagement du garant par rapport au contrat principal. Cette indépendance, en supprimant ou en limitant les risques de contestation dans les relations entre la banque garante et le bénéficiaire, doit faciliter la mise en oeuvre des droits de ce dernier ; il s'agit en quelque sorte de donner à la garantie personnelle de la banque la même "liquidité" que les sûretés réelles qu'elle vise à remplacer.<sup>(2)</sup>

133 - Cette indépendance de la garantie est plus ou moins marquée suivant les contrats. On distingue à cet égard les garanties "conditionnelles" ou "documentaires", et les garanties "inconditionnelles" ou "à première demande"<sup>(3)</sup> Dans le premier cas, l'appel à la garantie est subordonné à la présentation de certains documents établissant l'inexécution des obligations du donneur d'ordre : jugement, sentence arbitrale, attestation d'expert... Le lien de la garantie avec l'obligation principale demeure dans ce cas, mais il n'est cependant pas aussi fort que dans le cautionnement ordinaire car, -comme dans le crédit documentaire - le garant doit seulement contrôler avant de payer la régularité formelle des documents présentés, sans pouvoir contester

-oooOooo-

- (1) Pouillet, art. précité n° 3
- (2) Pleyer, op cit p. 7 ; Schinnerer, New Wege zur Regelung der Bankgarantie, Festschrift für Herzzann Hammerle, Graz, 1972, p. 311 s spec p. 325 s ; Pouillet, art. précité n° 3 et les auteurs cités note 7.
- (3) sur cette distinction voir notamment : Eismann, Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. arbitrage 1972 p. 379 s n° 14 s ; Dubisson, Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, DPCI 1977, ). 423 s spec p. 437 ; Vasseur, rapport au colloque de Tours, précité.

l'exactitude de leur contenu.(1)

Mais l'indépendance de la garantie apparaît surtout avec netteté dans les garanties dites "à première demande" (auf erstes Anfordern, on first demand) ou inconditionnelles.(2) Dans ces garanties, l'exécution de l'obligation du garant n'est subordonnée à aucune justification de la part du bénéficiaire : le garant doit payer dès lors que le bénéficiaire le lui demande ; en conséquence il ne peut opposer aucune exception tirée du rapport entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre de la garantie. Il doit payer, par exemple, même si l'obligation du donneur d'ordre est éteinte par suite d'un cas de force majeure, ou même si le donneur d'ordre prétend avoir correctement exécuté ses obligations.(3) L'engagement du garant se trouve ici complètement détaché juridiquement, de l'opération commerciale de base.

134 - Cette question de l'indépendance de la garantie, et des justifications devant être apportées par le garant lors de l'appel à la garantie, a été au centre des discussions lors des travaux de la Chambre de Commerce internationale à propos des Règles uniformes.(4) Les auteurs du texte ont cherché à décourager la pratique des garanties à première demande, jugées trop dangereuses, et à promouvoir les garanties conditionnelles.(5) C'est pourquoi les Règles Uniformes, d'une manière a priori assez surprenante, ne contiennent aucune disposition spécifique relative aux garanties à première demande. L'article 9 relatif aux conditions de l'appel à la garantie prévoit que la demande du bénéficiaire doit, dans tous les cas, être justifiée par la production d'une certaine forme de preuve du manquement du donneur d'ordre à son obligation. Cette preuve sera, dans le cas d'une garantie de soumission, "une déclaration indiquant que la soumission du donneur d'ordre a été acceptée et que ce dernier, soit n'a pas signé le contrat soit n'a pas fourni de garantie de bonne exécution" ; dans le cas d'une garantie de bonne exécution, le bénéficiaire devra fournir "soit une décision judiciaire ou

-ooo0ooo-

- (1) Vasseur, rapport précité, in fine ; Gavalda et Stoufflet art. précité n° 3.
- (2) sur la critique de ce terme : Eisemann, op cit n° 15 qui fait remarquer que même dans les garanties "à première demande", la demande du bénéficiaire reste la condition, même minimale, de la réalisation de la garantie ; dans le même sens : Pouillet, art. précité n° 10 ; Schinnerer op cit p. 314.
- (3) voir par exemple : Gavalda et Stoufflet, art. précité n° 16 ; sur l'ensemble de la question voir infra n° 198 s
- (4) Schinnerer, art. précité, Pardon, Les efforts d'appréhension au niveau international, rapport au colloque de Tours.
- (5) voir l'introduction aux Règles uniformes : "on a été soucieux, en posant le principe de la nécessité de justifier toute demande de réalisation de garantie, de moraliser la pratique des garanties".

une sentence arbitrale, soit l'approbation écrite du donneur d'ordre concernant la demande et son montant".

Ces dispositions ont été généralement critiquées comme peu réalistes.(1)

Il est vrai que les garanties à première demande mettent le bénéficiaire dans une situation excessivement favorable, et qu'elles sont dangereuses tant pour le garant que, surtout, pour le donneur d'ordre contre lequel le garant ne manquera pas de se retourner et qui supportera les risques d'appels abusifs de la garantie. Mais plutôt que de les ignorer délibérément, n'aurait-il pas été préférable d'en proposer une réglementation permettant de mieux équilibrer les intérêts des parties ? Le souci moralisateur des rédacteurs des Règles Uniformes n'a d'ailleurs nullement eu pour effet de décourager la pratique des garanties à première demande. Bien au contraire, ces garanties, que l'on avait jugé en déclin, sont de plus en plus utilisées, et les Règles uniformes - dont l'application est volontaire - ne connaissent qu'un très faible succès pratique. C'est pourquoi la Chambre de commerce internationale étudie actuellement de nouvelles règles qui intégreraient les garanties à première demande.

B - Les garanties dans les relations juridiques internes.

135 - Cette question est beaucoup plus mal connue. Cependant, il est certain qu'on rencontre aussi dans la pratique contractuelle interne des garanties bancaires indépendantes et notamment "à première demande". Certaines de ces garanties sont liées à un contexte international ; beaucoup de marchés internationaux assortis de garanties bancaires sont des contrats complexes pour l'exécution desquels le titulaire du marché fera appel à des sous-traitants. On constate alors que l'entrepreneur principal va exiger de ses sous-traitants les mêmes garanties que celles que son partenaire étranger lui demande de fournir.

Même dans le cadre d'opérations juridiques purement internes, on constate un remplacement progressif des dépôts de garantie par des garanties personnelles fournies par des banques. Cela est particulièrement net dans le cas des "cautionnements" exigés de leurs débiteurs par certaines administrations. A l'origine ces "cautionnements" désignaient des dépôts de garantie, mais la plupart des textes qui les régissent prévoient que ces dépôts peuvent être remplacés par la caution personnelle et solidaire d'un établissement

-oooOooo-

(1) Pardon, rapport précité.

agréé (1). Or il apparait, au moins dans un cas, que cette caution bancaire est en réalité une garantie indépendante. Ils'agit de la "caution personnelle et solidaire" qui, aux termes de l'article 131 du Code des Marchés publics, peut être fournie par le titulaire d'un marché en remplacement d'un dépôt de cautionnement, pour garantir la bonne exécution du marché et le recouvrement des sommes dont il serait reconnu débiteur au titre du marché. L'article 144 du Code des Marchés prévoit en effet que le versement de ces sommes est fait sur ordre de l'administration contractante, "et cela sans que la caution puisse différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit". Nous sommes donc bien proches, dans ce cas, d'une garantie "à première demande" (2).

135 bis- Il apparait assez vain, dans ces conditions, de s'interroger longuement sur la validité des garanties bancaires indépendantes au regard du droit français, puisque le législateur donne lui-même l'exemple. La plupart des auteurs qui étudient ces garanties soulèvent le problème de leur validité, parce que le caractère non accessoire de ces garanties semble, de prime abord, les priver de cause. Cependant la doctrine est aujourd'hui unanime à admettre que l'engagement de la banque trouve sa cause dans l'opération commerciale garantie (3), et que la dérogation au caractère accessoire est parfaitement sur le fondement de la liberté contractuelle (4).

Cette validité est également admise en jurisprudence, après quelques hésitations (5). Les juridictions du fond, et notamment la cour d'appel de Paris, ont eu, ces dernières années, de nombreuses occasions de faire application de clauses à première demande et d'en tirer toutes les conséquences (6). Sans doute, l'un des arrêts de la cour de Paris a

-oooOooo-

- (1) voir les exemples cités par Wattiez, thèse précitée, p 305 ; et pour les autres droits européens, voir Poulet, art précité, n° 3 et note 8
- (2) sur cet exemple, cf Vasseur, note D 1979-1-259 ; l'un des arrêts commentés dans cette note (Paris 22 juin 1978) était d'ailleurs relatif à l'application de l'art. 144 du Code des Marchés
- (3) sur l'ensemble du problème, voir infra n° 177 s
- (4) sur la validité des garanties bancaires, voir: Gavalda et Stoufflet, art précité, n° 16 à 12; Vasseur, note précitée; Poulet, n° 16s
- (5) Paris 15 juin 1973, Rev jur com 1973, p 273
- (6) Paris 22 juin 1978, 8 décembre 1977, 14 novembre 1978, D 79, J, 259 avec la note précitée de M. Vasseur; TGI Paris 13 mai 1980, D1980, J, 488 note Gavalda et Stoufflet; JCP 1981, ed CI, 13552, note Vasseur; Banque 1981, p778, obs L.M. Martin; TGI Montluçon 9 janvier 1981, D 81, J, 390 note Vasseur; Paris 29 janvier 1981, Riom, 14 mai 1980, TGI Paris, 11 juillet 1980, D81, J, 336, note Vasseur



t-il été censuré par la cour de cassation dans un arrêt du 12 juin 1979 (1), mais on ne saurait, à notre avis, considérer cette décision comme une condamnation des garanties à première demande par notre haute juridiction. La cassation intervient seulement, en effet, sur les conditions de fond de l'exception de compensation qui était invoquée par le débiteur et, partant, par la caution. La cour d'appel avait écarté cette exception au motif que la créance invoquée par le débiteur était indépendante des comptes existant avec le créancier; la cour de cassation rappelle simplement que cette indépendance - qui n'a rien à voir avec l'indépendance de l'obligation du garant par rapport au contrat principal -, n'est pas une cause d'exclusion de la compensation. L'arrêt ignore, plus qu'il ne condamne, la spécificité de la garantie à première demande, et c'est pourquoi il n'a que très peu retenu l'attention de la doctrine (2).

Mais, si la validité des garanties bancaires en droit français ne semble guère douteuse, leur place au sein de l'ensemble des sûretés personnelles non accessoires mérite, en revanche, d'être mieux précisée.

## § 2 - Place des garanties bancaires indépendantes dans les sûretés personnelles non accessoires

136- La doctrine française évoque, à propos des garanties bancaires des institutions très différentes: cautionnement bien sûr, mai aussi assurance-crédit, crédit documentaire, porte-fort... (3) Or, nous le savons, l'absence de caractère accessoire n'a pas, dans ces différents mécanismes, la même portée. Parfois il affecte la contribution à la dette, et parfois non.

C'est, à notre avis, dans la deuxième catégorie qu'il faut ranger les garanties bancaires (A), et c'est pourquoi nous y voyons des variantes du cautionnement (B).

-oooOooo-

(1) Bull civ IV n° 197, p 160; D 1980, IR, p213, obs Vasseur

(2) l'arrêt n'est commenté qu'en sommaire par M. Vasseur; adde Berlioz, art précité, n°8

(3) voir par exemple Gavalda et Stoufflet, art précité, n° 10s

A - Les garanties bancaires indépendantes, sûretés où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette

137 - Il faut repartir ici des raisons qui justifient, dans les garanties bancaires, l'abandon du caractère accessoire et notamment l'insertion de la clause "à première demande". Il s'agit, nous l'avons vu, de faciliter la mise en oeuvre de la garantie, d'éviter au bénéficiaire des retards de paiement. Or ce but est atteint au moment où le bénéficiaire est payé par le garant : il se trouve alors dans une situation de force en cas de contestation sur le bien-fondé de la demande, car il aura la position de défendeur au litige. Mais - et ce point nous semble essentiel - une telle contestation, postérieure au paiement, sur le bien-fondé de la demande, n'est nullement exclue : si le bénéficiaire de la garantie s'est fait payer alors que sa créance était nulle ou éteinte, il devra restituer ce qu'il a reçu<sup>(1)</sup> C'est à dire que l'absence de caractère accessoire n'affecte nullement, en droit, la contribution à la dette .<sup>(2)</sup>

Voyons par exemple ce qui se passe lorsque, après le paiement du bénéficiaire, il se révèle que le donneur d'ordre avait correctement exécuté ses obligations et que le bénéficiaire a donc fait appel, abusivement à la garantie. Il est clair que cela n'empêche pas la banque de se retourner contre son client donneur d'ordre : c'est moyennant ce recours que la banque a accepté de fournir sa garantie <sup>(3)</sup>, et elle n'a fait, en payant, que d'exécuter correctement la convention de crédit qui la liait à son client puisque, par hypothèse, elle ne pouvait pas refuser de payer. Mais, bien entendu, le donneur d'ordre, qui était libéré sur le terrain de ses rapports contractuels avec le bénéficiaire, pourra recourir contre ce dernier qui s'est enrichi sans cause.<sup>(4)</sup>

138 - La solution est exactement la même lorsque l'obligation du donneur d'ordre a été éteinte par suite d'un cas de force majeure, considéré comme

-oooOooo-

- (1) Von Caemmerer, art précité, II-2 ; voir surtout sur ce point les développements très nets de Horn, art précité, p. 2158-2159
- (2) nous précisons "en droit" parce qu'il est évident, qu'en fait, les recours contre le bénéficiaire qui a été payé à tort seront souvent illusoire, surtout dans les relations internationales.
- (3) Gavalda et Stoufflet, article précité, n° 4
- (4) sur ce jeu des recours voir infra 2<sup>ème</sup> partie, TITRE II

libératoire par la loi applicable au contrat. Ce point n'a pas toujours été aperçu et cela est, à notre avis, la source d'une confusion sur l'esprit et la nature des garanties bancaires. Pour certains auteurs, le caractère non accessoire des garanties bancaires permettrait de couvrir le bénéficiaire contre les risques de non-exécution de la créance due à une force majeure, c'est à dire, dans le domaine international, contre les risques politiques, économiques, catastrophiques...(1) Cela nous paraît fondamentalement inexact : la banque n'est pas un assureur (2), elle réalise seulement une opération de crédit et désire seulement prendre à sa charge le risque d'insolvabilité du débiteur.

Même si l'obligation de celui-ci était éteinte par suite d'un cas de force majeure, la banque qui a du payer le bénéficiaire n'en a pas moins un recours contre son donneur d'ordre. Est ce lui qui, alors, comme l'affirme un auteur (3) va supporter le risque de force majeure ? Cela n'aurait aucun sens. Le recours de la banque contre le donneur d'ordre postule que celui-ci, dans l'hypothèse considérée, en a un à son tour contre le bénéficiaire. En effet, par hypothèse, le donneur d'ordre était libéré de son obligation dans ses rapports avec le bénéficiaire ; nous ne voyons pas en quoi l'existence d'un contrat de garantie peut empêcher cette libération. On doit donc considérer que le bénéficiaire, dans ce cas, a violé le contrat en faisant néanmoins appel à la garantie.(4) Celle ci ne le protège nullement, de manière définitive, contre les risques de force majeure.

139 - La situation est donc fondamentalement différente de celle que nous avons rencontrée à propos de l'assurance-crédit internationale, ou de la garantie indemnitaire. Rappelons nous ainsi l'arrêt rendu par le Tribunal Fédéral suisse dans l'affaire Gondrand(5) : la maison Gondrand, qui garantissait la livraison de marchandises, avait dû indemniser l'acheteur bien que le vendeur n'ait été nullement responsable du défaut de livraison dû à un cas de force majeure. Dans cette affaire, il n'était évidemment pas question

-oooOooo-

- (1) dans ce sens, avec netteté : Pouillet, art. précité n° 14 et note 75 ; van Lier, art. précité, n° 1-3-1 ; Bellis, rapport au colloque de Tours sur "l'émergence de la sûreté non accessoire".
- (2) sur la différence entre les garanties pratiquées par les banques et celles émises par les compagnies d'assurance : Pleyer, art. précité, p. 6
- (3) van Lier, op et loc cit
- (4) en ce sens très nettement : von Caemmerer, op cit II-2
- (5) voir supra n° 68s

de recours du garant contre le vendeur, ni du vendeur contre l'acheteur, puisque, comme le soulignait nettement le Tribunal Fédéral, l'intervention du garant (1) avait précisément pour but de protéger l'acheteur contre le risque de force majeure.

C'est pourquoi, malgré l'identité des termes, il nous semble qu'on ne doit pas voir dans les garanties bancaires actuellement pratiquées une manifestation de la garantie indemnitaire classique. Sans doute, en Allemagne et en Suisse, assimile-t-on généralement garanties bancaires et "Garantievertrag"(2) et la doctrine française elle-même est souvent tentée de se référer à la notion allemande du contrat de garantie pour rendre compte de la clause "à première demande" (3) Les deux types de garanties nous apparaissent en réalité trop différentes par l'esprit et par la technique. Dans la garantie indemnitaire (comme d'ailleurs dans l'assurance-crédit) l'absence de caractère accessoire modifie fondamentalement la situation du garant et les droits du bénéficiaire de la garantie. Dans les garanties bancaires les droits du bénéficiaire ne sont pas substantiellement modifiés, c'est seulement la mise en oeuvre de ces droits qui se trouve facilitée. On peut dire, en quelque sorte, que l'abandon du caractère accessoire y est d'ordre purement procédural.(4)

140 - Par leur fonction et leur structure, les garanties bancaires peuvent plutôt être rapprochés du crédit documentaire. Ce rapprochement est souvent fait par la doctrine, qui souligne que l'indépendance de l'engagement du banquier a pour but, dans les deux cas, de procurer au bénéficiaire un paiement rapide et sans contestations.(5) Les deux mécanismes sont

-oooOooo-

- (1) qui n'était pas une banque, mais un société de transports, qui avait, sans doute, un intérêt personnel à l'affaire. L'esprit du commerce de banque nous paraît s'opposer à ce qu'une banque, établissement de crédit, accepte de couvrir des risques politiques, économiques ou catastrophiques liés à une opération commerciale.
- (2) Boetius, thèse précitée, p.5 et s ; J. Käser, Garantieverprechen... précité p.604 s ; Kleiner, Bankgarantie, spec p. 21 s. La plupart des auteurs qui écrivent aujourd'hui sur les garanties bancaires se réfèrent aux travaux de Stammer et à la construction classique du Garantievertrag - contra cependant Bar thèse précitée, § 13 p. 62 s qui distingue nettement garantie bancaire et contrat de garantie au motif que la banque ne prend en principe en charge que le risque d'insolvabilité du débiteur.
- (3) M. Eisenmann (Arbitrage et garanties contractuelles, précité, n° 9) estime ainsi que les garanties à première demande correspondent à la définition du contrat de garantie par la cour fédérale allemande ; dans le même sens : Dubisson, Le droit de saisir...p. 439 s
- (4) comp. Horn, art précité p2159 : le paiement d'une garantie à première demande "ne règle pas la question des droits matériels" (der materiellen Berechtigung)
- (5) Vasseur, rapport au colloque de Tours, précité ; Pouillet, art précité ; von Caemmerer, art précité II-2 p 298 ; Pleyer, art. précité p 7 ; sur les rapports du crédit documentaire et des garanties voir en général : Horn, v. Marschall, Rosenberg, Pavicevie, Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, 1977

d'ailleurs souvent utilisés comme pendants dans le cadre d'une même opération commerciale, le crédit documentaire au profit du vendeur, la garantie au bénéfice de l'acheteur.(1) Aux Etats-Unis, c'est même la formule de l'accréditif qui est utilisée comme support des garanties bancaires.(2) Or, nous l'avons vu, et personne ne le conteste, la banque qui émet ne couvre que le risque d'insolvabilité de l'acheteur ; elle ne protège pas le vendeur contre les risques d'absence ou de disparition de sa créance - ce qui se traduit, sur le plan de la technique juridique, par le fait qu'elle n'accepte pas de supporter définitivement la charge de la dette.(3) Il en va exactement de même dans les garanties bancaires.

Ce qui empêche d'assimiler les deux mécanismes, c'est que, d'une part, toutes les garanties ne sont pas "documentaires".(4) D'autre part et surtout, le crédit documentaire est un moyen de paiement, un mode normal de réalisation de l'opération commerciale, alors que l'appel à la garantie n'est, dans l'esprit des parties, qu'un pis-aller, qu'un mode subsidiaire d'indemnisation du créancier.(5) Même si - surtout dans les garanties à première demande - le garant n'a aucun moyen de le vérifier, la garantie n'est censée jouer qu'en cas de défaillance du donneur d'ordre, qui reste le débiteur principal. En cela, les garanties bancaires se rapprochent davantage du cautionnement.

#### B - Les garanties bancaires indépendantes, variantes du cautionnement

141 - Il est certain que les garanties bancaires indépendantes - tout comme, d'ailleurs, le crédit documentaire - ont été forgées par la pratique contractuelle, et qu'elles répondent aux besoins propres de cette pratique, notamment dans le domaine du commerce international.(6) Il n'est donc pas

-oooOooo-

- (1) Pouillet, rapport précité au colloque de Tours, Kopelmanas, Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution de contrats internationaux de fournitures d'installations industrielles complètes, Festschrift für J. Bärmann, München 1975, p 553 spec p 556
- (2) voir : Graham, Présentation du droit et de la pratique des garanties en Amérique du Nord, rapport au colloque de Tours
- (3) voir supra n° 108 s.
- (4) Vasseur, rapport précité ; Van Lier, art précité n° 2-4
- (5) Käser, art précité p 612 ; Pouillet, art précité n° 29 et les auteurs cités note 159.
- (6) Vasseur, rapport précité au colloque de Tours

étonnant que ces garanties contiennent des clauses originales, qui ne sont pas envisagées par les différentes législations nationales. Cela suffit-il pour conclure, cependant, qu'on se trouve en présence d'une sûreté entièrement nouvelle, d'une institution sui generis ? Une partie importante de la doctrine se prononce en ce sens. (1) Nous croyons, cependant, qu'il est assez difficile, en droit, de sortir complètement des sentiers battus. On ne peut, à cet égard, qu'être intrigués par la persistance, dans la pratique contractuelle, des termes "caution" et "cautionnement" pour désigner de très nombreux engagements de garantie bancaire, fussent ils "à première demande"(2) La jurisprudence française, de même, continue le plus souvent à utiliser le terme "cautionnement" pour désigner de tels engagements.(3) Cette terminologie, que beaucoup d'auteurs jugent défectueuse(4), nous semble exactement refléter la réalité juridique : les garanties bancaires ne sont, au fond, malgré leur caractère non accessoire, que des variantes du cautionnement de droit commun. De même que le cautionnement solidaire est un cautionnement avec renonciation aux bénéfices de discussion et de division (5), les garanties bancaires sont des cautionnements avec renonciation aux exceptions tirées du rapport fondamental.

Cette opinion, dont nous essaierons d'abord de démontrer l'exactitude au regard du droit français (a) rencontre un certain nombre d'échos en droit comparé.(b)

a/ droit français

142 - Notre opinion va sans doute surprendre, car elle va à l'encontre de la tendance générale de la doctrine française, qui considère les garanties

-ooo0ooo-

- (1) Vasseur, op cit ; Lesguillons, rapport précité au colloque de Tours ; Dubisson, article précité p 439 ; Eisemann, art précité n° 7 ; Pouillet, art précité n° 18 et les auteurs cités.
- (2) voir par exemple les modèles de clauses reproduits par Pouillet, art précité, annexes, spec n° 6 ("En sa qualité de caution, la soussignée s'oblige au paiement... à première sommation qui lui sera faite"); le terme "guarantee" (qui est la traduction de cautionnement) est également très utile dans la terminologie anglaise.
- (3) Paris 22 juin 1978, 8 décembre 1977 et 14 novembre 1978, commentés par M. Vasseur, D 1979-259, précité ; TGI Montluçon, 9 janvier 1981, D 1981-390, note M. Vasseur. Il est à noter que l'article 144 du Code des Marchés publiés, étudié plus haut, parle également de "caution" pour désigner l'établissement qui prend un engagement à première demande envers la collectivité publique.
- (4) Vasseur, note D 1979-259 n° 1
- (5) le cautionnement solidaire reste un cautionnement : on en déduit notamment l'applicabilité de l'article 2037 C Civ ; sur ce point V. Mouly, thèse précitée n° 391

bancaires - notamment les garanties à première demande - comme une nouvelle forme de sûreté personnelle fondamentalement distincte du cautionnement.(1) Et il est vrai que l'assimilation des garanties à une forme de cautionnement se heurte, de prime abord, à un sérieux obstacle. Le cautionnement, nous l'avons dit nous-même au début de cette étude, est une sûreté essentiellement accessoire.(2) Le caractère accessoire est impliqué par la définition même du cautionnement : la caution s'engage à satisfaire à l'obligation même du débiteur principal, ce qui suppose qu'il existe une obligation à garantir. Dès lors, comment peut-on concevoir un cautionnement non accessoire, dans lequel la caution pourrait être tenue alors même que l'obligation principale serait nulle ou éteinte ? Un tel cautionnement serait nul faute de cause.(3) Dès lors, si l'on veut reconnaître la validité des garanties bancaires indépendantes, et notamment "à première demande", on est bien obligé, semble-t-il, de considérer qu'il s'agit d'un type différent du cautionnement.(4) C'est un raisonnement du même type que celui qui est généralement suivi par la doctrine française (et étrangère) à propos du prétendu cautionnement des dettes d'un incapable : pour conserver toute sa rigueur au principe de l'accessoire, on considère que ce "cautionnement" est en réalité une promesse de porte-fort, engagement autonome qui permet de couvrir la nullité de l'obligation principale.(5)

143 - Ce raisonnement ne nous semble pas convaincant parce que, comme nous l'avons montré, la situation de la banque garantie est très différente de celle de la "caution" d'un incapable (qui est un garant indemnitaire). La banque garante ne garantit rien d'autre que la bonne exécution des obligations du donneur d'ordre, obligations que l'on suppose valables et non éteintes. Si le bénéficiaire de la garantie y fait appel alors qu'il n'est pas en réalité créancier on considère qu'il abuse de la garantie et qu'il doit restituer ce qu'il a reçu. Ce n'est que pour des raisons de commodité que le garant renonce à invoquer les exceptions tirées du rapport commercial de base et cette renonciation ne procure au bénéficiaire qu'un avantage

-oooOooo-

- (1) Eisemann, art précité n° 7 ; Dubisson, art précité p 439 s ; Gavalda-Stoufflet, art précité n° 11 ; Vasseur, note D 1979-259 et rapport au colloque de Tours - voir aussi dans la doctrine belge : Pouillet, art précité n° 18 ; Van Lier, art précité N°2-1
- (2) voir supra n° 3
- (3) sur la cause du cautionnement et des sûretés non accessoires, voir infra 2ème partie TITRE I, n° 167s
- (4) voir un exemple d'un tel raisonnement in Gavalda et Stoufflet, art précité n° 11
- (5) voir supra n° 64 s

temporaire, d'ordre purement procédural. Comme l'écrivait dès 1964 von Caemmerer - un des "découvreurs", en Allemagne, des garanties bancaires du commerce international - "ce qui doit être déterminant, ce n'est pas de savoir si le caractère accessoire de l'engagement a été écarté ou plus ou moins limité par la volonté des parties - Ce qui compte, c'est si la garantie a été donnée pour protéger contre l'inexécution de l'obligation d'autrui, pour assurer le crédit d'autrui. Chaque fois que c'est le débiteur principal et non le garant qui doit en définitive supporter la charge de la prestation on est en présence, malgré la modification du principe de l'accessoire, de la situation typique du cautionnement".(1)

144 - On connaît d'ailleurs, en droit français d'autres dérogations du même ordre - purement procédural - au caractère accessoire. Ainsi, lorsque l'article 2012 du Code civil dispose que "le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable", cela n'implique pas nécessairement, à notre avis, que la caution puisse elle-même opposer au créancier toutes les causes de nullité de l'obligation principale. Elle le peut, sans doute, s'il s'agit d'une nullité absolue, résultant de la violation d'une règle d'intérêt général dont tout intéressé peut se prévaloir. Mais, s'il s'agit d'une nullité relative - pour incapacité (2), vice du consentement, défaut ou insuffisance de contrepartie (3), violation d'une règle d'ordre public de protection - seul le débiteur, que la règle violée avait pour but de protéger, peut agir en nullité. Contrairement à ce qui est souvent affirmé (4), nous ne voyons pas en quoi le caractère accessoire de l'obligation de la caution permet ici de déroger aux règles d'exercice de l'action en nullité : imagine-t-on une caution faire valoir que le débiteur principal a été trompé, alors que ce dernier veut, peut-être, conserver le bénéfice du contrat ? Il nous semble que, à l'inverse, ce sont ces règles d'exercice de l'action qui viennent ici limiter le caractère accessoire du cautionnement. Tout ce que peut

-ooo0ooo-

- (1) Von Caemmerer, Bankgarantien im Aussenhandel, précité III, p 306
- (2) en dehors du cas où la "caution", ayant connu cette incapacité, a accepté de couvrir le risque d'annulation ; car alors, de toute façon, cette annulation ne peut avoir aucune incidence sur l'obligation de la caution/porte-fort.
- (3) la doctrine contemporaine considère généralement que l'absence de cause, tout comme la lésion, est sanctionnée par une nullité relative.
- (4) Simler, JCL civil art 2011.204~~3~~, <sup>par B4</sup>, Mouly, thèse précité n° 204  
n° 94



faire la caution, c'est appeler en cause le débiteur principal pour qu'il prenne parti sur la validité de son engagement .(1) Si elle ne le fait pas (2) ou si cela est matériellement impossible, elle devra payer le créancier. Mais si par la suite le débiteur fait annuler le contrat principal, le créancier devra restituer ce qu'il a reçu car il s'est enrichi sans cause. On voit ici un cas où le caractère accessoire, limité dans les rapports entre la caution et le créancier (obligation à la dette) réapparaît sur le plan de la contribution à la dette, à travers le jeu des recours. On peut encore citer, dans le même esprit, le cas, prévu par l'article 1216 du Code civil, du codébiteur solidaire non intéressé à la dette. Selon certains auteurs, ce codébiteur devrait être traité, dans les rapports avec le créancier, comme un véritable débiteur solidaire.(3) On devrait donc lui appliquer l'article 1208 du Code civil qui interdit au débiteur solidaire d'opposer au créancier les exceptions personnelles aux autres codébiteurs. Mais, là encore, la dérogation au caractère accessoire serait purement temporaire, et limitée aux rapports avec le créancier. L'article 1216 prévoit en effet que, dans ses rapports avec les autres codébiteurs, celui qui n'est pas intéressé à la dette ne sera considéré que comme une caution. C'est dire qu'il ne doit pas supporter la charge définitive de la dette et que, si le bénéficiaire de l'engagement aurait pu se voir opposer des exceptions par le débiteur principal, il devra restituer ce qu'il a reçu.

Dans ces différentes hypothèses, le lien entre l'obligation de la caution et celui du débiteur principal n'est pas rompu. C'est seulement la possibilité de faire valoir ce lien qui est enlevée, temporairement, à la caution, soit pour des raisons procédurales (nullité relative de l'obligation principale), soit en raison de la volonté des parties (codébiteur solidaire non intéressé à la dette). C'est exactement ce qui se passe dans les garanties bancaires indépendantes et c'est pourquoi nous ne voyons aucun obstacle à les considérer comme des variantes du cautionnement.

-oooOooo-

- (1) com. la solution du droit allemand (§770 al 1 BGB) qui permet à la caution de repousser le paiement tant que le débiteur est en mesure de dénoncer le contrat, mais non pas de le dénoncer elle-même (f Esser-WEyers, Schuldrecht, précité, §40.
- (2) rien ne l'y oblige en dehors du cas où la caution a payé sans être poursuivie: elle doit alors avertir le débiteur sous peine de perdre son recours (art. 2031 al 2)
- (3) Mazeaud-de Juglard, op cit n° 50

145- Cette assimilation des garanties bancaires au cautionnement est d'ailleurs admise par certains auteurs à propos des garanties conditionnelles ou documentaires (1), du moins de certaines d'entre elles.(2) Or il apparait qu'il est bien difficile d'établir une distinction tranchée, une ligne de démarcation nette entre ces garanties et les garanties "inconditionnelles" ou à première demande. Il existe un grand nombre de situations intermédiaires, en fonction de la rédaction des clauses du contrat, et on est bien en peine de déterminer à partir de quel moment l'engagement de la banque devient suffisamment indépendant pour perdre la qualification de cautionnement et devenir une garantie, sûreté d'un type nouveau. Ainsi M.Poullet propose t-il de distinguer entre trois catégories : les garanties "automatiques, les garanties "documentaires", et les garanties liées à l'inexécution des obligations du donneur d'ordre. Ces dernières -qui sont payables, soit avec l'accord du donneur d'ordre, soit sur le fondement d'un jugement ou d'une sentence arbitrale, -, seraient en réalité des cautionnements.<sup>(3)</sup> M. Vasseur, quant à lui, ne consent à considérer comme des cautionnements que les garanties appelables avec l'accord du donneur d'ordre (ce qui, du reste, est une hypothèse théorique); pour lui, les garanties payables sur la base d'un jugement ou d'une sentence arbitrale auraient déjà une nature juridique originale par rapport au cautionnement, dans la mesure où le banquier, en payant, doit seulement vérifier la régularité formelle de la décision (4).

Ces incertitudes ne doivent pas surprendre. En réalité, il est difficile d'introduire, sur le plan de l'analyse juridique, une différence de nature là où, en pratique, il n'existe qu'une différence de degré. C'est pourquoi il nous semble plus satisfaisant de considérer que, dans tous les cas de garanties bancaires, on est en présence d'un cautionnement; dans lequel les parties ont plus ou moins dérogé au caractère accessoire de l'obligation de la caution.

146- On nous objectera peut-être que, sur le plan pratique, l'assimilation des garanties bancaires au cautionnement présente de sérieux inconvénients. En rattachant les garanties à une institution déjà connue et réglementée par les législations nationales, ne risque t-on pas de les enfermer dans un corset trop rigide et, ce faisant, d'aller à l'encontre des vœux et des besoins de la pratique commerciale internationale

-oooOooo-

(1) Dubisson, art. précité, p 148

(2) Vasseur, rapport au colloque de Tours, précité ; Poullet, rapport au colloque de Tours

(3) Poullet, rapport précité

(4) Vasseur, rapport précité, in fine

Cependant, il faut bien voir que, même dans le cadre du cautionnement, la plupart des législations nationales laissent une large place à la liberté contractuelle. Ainsi, en droit français, les divers bénéfices reconnus à la caution (bénéfice de discussion, de division, de cession d'actions) peuvent-ils être écartés par la convention des parties (1), et on peut considérer que les conditions de mise en oeuvre des garanties bancaires excluent implicitement ces divers moyens pour la caution de retarder le paiement du créancier (2). Par ailleurs, les conditions de forme, qui sont exigées par certaines législations dans un but de protection de la caution, et qui pourraient effectivement s'avérer gênantes, cèdent généralement lorsque le cautionnement est un acte de commerce, ce qui toujours le cas des garanties bancaires. C'est surtout sur le plan des recours que la qualification de cautionnement, appliquée aux garanties bancaires présente un intérêt pratique, notamment en ce qu'elle permettra le recours subrogatoire du garant. Mais le renvoi aux règles du cautionnement n'est ~~pas~~ alors pas gênant, puisque c'est seulement dans les relations entre le garant et le bénéficiaire que les parties veulent éviter l'application de ces règles.

Nous pensons donc avoir démontré que les garanties bancaires peuvent, en droit français, être regardées comme des variantes du cautionnement. Cette conclusion est parfois admise également en droit comparé.

b/ droit comparé

147- On citera en premier lieu le droit italien, parce que ce droit est généralement présenté comme favorable à l'assimilation des garanties bancaires indépendantes au cautionnement (3). La doctrine italienne s'est construite essentiellement à partir d'un arrêt de la cour de cassation en date du 3 septembre 1966 (4). Cet arrêt avait à connaître d'un contrat dans lequel la "caution" avait renoncé à faire valoir l'invalidité de l'obligation principale, et il s'agissait de savoir si on devait appliquer à ce contrat l'article 1957 du code civil italien, qui prévoit une cause de déchéance spécifique au cautionnement. La cour suprême italienne, après avoir admis la validité de la renonciation sur le fondement de la liberté des conventions, admit l'application de l'article 1957. Il semble que la cour ait considéré le contrat comme une sorte d'aval non cambiaire, ou, pour reprendre l'expression d'un commentateur de la décision, comme un

-oooOooo-

- (1) la renonciation aux bénéfices de division et de discussion est expressément prévue par l'article 2021 et 2026 ; sur la renonciation au bénéfice de l'article 2037 cf Simler JCP 1975, I.2711
- (2) de nombreuses garanties bancaires contiennent d'ailleurs explicitement une clause écartant ces bénéfices
- (3) cf Pouillet, art précité n° 14 ; Käser, art précité p 615-616
- (4) Banca Borsa, 1967, II, 38

cautionnement avec renvoi aux règles de l'aval (1). Un autre auteur parle d'un "sous-type innomé de cautionnement" (sottotipo innominato del fidéi-ussio) (2).

Cette conception semble donc bien correspondre à celle que nous défendons au regard du droit français. Cependant, il faut ici se montrer prudent. Tout d'abord, l'arrêt du 3 septembre 1966 n'était pas relatif, contrairement à ce qu'affirme M. Pouillet, à une garantie à première demande (3): il s'agissait d'un engagement souscrit par un particulier envers une banque, et la renonciation aux exceptions tirées de l'obligation principale était strictement limitée aux causes d'invalidité de cette obligation. Ensuite, et surtout, il semble que la doctrine italienne la plus récente s'oriente dans une tout autre direction: le professeur Portale, notamment, dans ses travaux consacrés aux garanties bancaires, estime qu'il faut plutôt distinguer entre ces garanties, assimilées au "Garantievertrag" allemand et le cautionnement accessoire (4)

148- Cette vision "dichotomique" (5), que pour notre part nous combattons, se retrouve à première vue dans les autres droits européens. L'impression générale est que ces droits distinguent nettement la garantie, sûreté non accessoire, du cautionnement. Cependant, cette impression est souvent trompeuse, dans la mesure où la distinction annoncée est, dans plusieurs systèmes juridiques, une distinction fort ancienne, s'appliquant, non pas aux garanties bancaires, mais à la garantie indemnitaire traditionnelle, et qu'il n'est pas évident que les deux institutions coïncident. Ainsi, lorsque M. Pouillet écrit qu'en droit anglais, on distingue de façon nette, le "contract of guarantee (cautionnement) et le contract of indemnity", (6), cela est parfaitement exact (7), mais n'est nullement significatif pour notre propos: les garanties bancaires, en droit anglais, ne sont nullement assimilées au "contract of indemnity". Elles sont - et cela irait plutôt dans le sens de notre analyse, -, considérées comme des variétés de "guarantee", du moins lorsqu'elles ne sont pas données sous la forme

-oooOooo-

- (1) voir la chronique de M. Fragali sur l'arrêt de la cour de cassation: IL richiamo a norme dell'avallone regolamento convenzionale della fidéiussione, Banca Borso, 1967, I.312
- (2) Ravazzoni, Nuove riflessioni sulle cauzione fidéiussorie Assic. 1973.I.541 cité par Pouillet art précité n° 14
- (3) Pouillet op et loc cit
- (4) Portale, Fidéiussione e "Garantieverträge", in, Le operazioni bancarie, T II P1048
- (5) Pouillet, art précité n° 13
- (6) ibid
- (7) voir supra n° 42 s

de lettres de crédit (1).

On ne peut pas en dire autant, il est vrai, des droits allemand et suisse, où, nous l'avons dit, les garanties bancaires sont souvent assimilées au "Garantievertrag". Cependant, on trouve dans les doctrines de ces pays quelques voix divergentes, qui affirment l'identité des garanties bancaires et du cautionnement. Nous avons déjà cité la position de von Caemmerer, qui reconnaît dans les garanties bancaires la "situation typique du cautionnement". Plus nettement encore, l'auteur suisse Bär, dans sa thèse sur le "concept de garantie, spécialement en matière bancaire", affirme que la plupart des garanties bancaires ne sont, en dépit de l'utilisation du terme "garantie", que des cautionnements" parce que les banques n'ont aucun intérêt propre à l'opération commerciale de base, et qu'elles n'acceptent de prendre à leur charge d'autres risques que l'insolvabilité du débiteur" (2).

149-

Si ces positions apparaissaient relativement isolées dans la doctrine germanique, il nous semble qu'elles sont aujourd'hui confortées par un arrêt récent du Bundesgerichtshof, qui pose en des termes nouveaux le problème des rapports entre garanties bancaires et cautionnement. Cet arrêt rendu le 2 mai 1979, estime en effet que la clause "à première demande" dans une garantie bancaire n'exclut pas nécessairement la qualification de cautionnement. Il s'agissait en l'espèce d'une garantie donnée dans le cadre d'une opération de construction; la cour d'appel avait estimé que la banque garante, en s'engageant à première demande, avait seulement entendu procurer au bénéficiaire un paiement liquide immédiat, en le mettant dans une situation aussi bonne que celle qui aurait résulté d'un dépôt de garantie; la cour avait relevé, en revanche, que les parties n'entendaient pas exclure un recours ultérieur au cas où le débiteur n'aurait pas été tenu de l'obligation dont l'exécution était garantie. La cour suprême en déduit que le contrat en cause était un cautionnement, et non un contrat de garantie. (3)

Cet arrêt ne se prononce pas, sans doute, sur le problème général de la qualification des garanties bancaires à première demande. Mais on remarquera que les arguments retenus en l'espèce en faveur du cautionnement valent en réalité dans tous les cas où une banque s'engage comme garante. Le professeur Horn, qui commente cette décision, estime d'ailleurs que les su-

-oooOooo-

(1) voir le rapport de W. Graham au colloque de Tours

(2) Bär, op cit, p 64

(3) BGH 2-5-1979, NJW 1979, Heft 30 p 1500

lutions qu'il retient doivent être appliquées à toutes les garanties bancaires (1). On peut dès lors se demander quelle est la différence entre une garantie à première demande et un cautionnement contenant la même clause.

Cette profonde analogie des garanties bancaires et du cautionnement, nous allons la retrouver en étudiant le mécanisme général des sûretés personnelles non accessoires.

-oooOooo-

(1) Horn, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern. NJW 1980, Heft 40 p 2153 s, spec n° III et VI

DEUXIEME PARTIE

-oooOooo-

MECANISME GENERAL DES SURETES

PERSONNELLES NON ACCESSOIRES .

150 e Au delà de la diversité des sûretés établies, il est possible de poser un certain nombre de questions communes à toutes les sûretés non accessoires : ces sûretés sont-elles des actes abstraits ou causés ? quelle est la portée de l'inopposabilité des exceptions tirées de la créance principale ? quels sont les recours du garant qui a payé ?...

Cependant, si ces questions se posent pour toutes les institutions considérées, ce n'est pas dire qu'elles recevront toujours la même réponse. La distinction que nous avons faite, au cours de nos précédents développements, en fonction de la portée des dérogations au caractère accessoire, et, donc, du risque garanti, va nécessairement influencer sur certains aspects du mécanisme général des sûretés personnelles non accessoires. Nous le constaterons en étudiant, la structure générale de ces sûretés (TITRE PREMIER) puis, d'une manière plus dynamique, leur fonctionnement (TITRE SECOND).



TITRE PREMIER

-oooOooo-

LA STRUCTURE DES SURETES PERSONNELLES NON  
ACCESSOIRES -

151 - Comme toutes les sûretés personnelles, les sûretés personnelles non accessoires sont, par hypothèse, des opérations juridiques à trois personnes (1) : au duo créancier-débiteur va s'ajouter un garant qui s'engage, envers le créancier, à accomplir, dans certaines circonstances, la prestation promise par le débiteur.(2) Comme le garant s'engage le plus souvent, non pas spontanément, mais à la demande du débiteur garanti, on est généralement en présence de trois types de rapports juridiques : entre le créancier et le débiteur, entre le débiteur et le garant, entre le garant et le créancier. C'est ce dernier rapport - l'engagement du garant envers le créancier - qui constitue, à proprement parler, la sûreté. Les rapports entre le débiteur et le créancier, entre le débiteur et le garant ne constituent en quelque sorte, que les cadres de la sûreté. Il convient cependant d'en faire l'étude afin de voir si ces cadres présentent certaines particularités liées au caractère non accessoire de la sûreté. (CHAPITRE I) Ce n'est qu'ensuite que nous étudierons le contrat, générateur de la sûreté, entre le garant et le créancier.(CHAPITRE II).

-oooOooo-

- (1) C. Larroumet, thèse, Bordeaux 1968. Il est à noter cependant que cet auteur exclut de son étude le cautionnement, sûreté personnelle, au motif qu'il ne s'agit pas d'une seule convention à trois personnes, mais "d'une superposition de deux ou même trois contrats". (op cit n° )
- (2) sur l'utilisation des termes "créancier" et "débiteur" malgré le caractère non accessoire de la sûreté, voir infra n° 153

C H A P I T R E P R E M I E R - LES CADRES DE LA SURETE.

152 - "La caution s'engage parce que le débiteur le veut, et le débiteur le veut parce que le créancier l'exige". C'est ainsi qu'un auteur(1) décrit l'enchaînement des opérations dans le cautionnement. La formule pourrait s'appliquer tout aussi bien à la plupart des sûretés personnelles non accessoires. Elle met en évidence l'importance des rapports entre le créancier et le débiteur (SECTION 1), et entre le débiteur et le garant.(SECTION 2)

SECTION 1 - Les rapports entre le créancier et le débiteur.

153 - Même non accessoire, une sûreté a toujours pour but de garantir l'exécution d'un rapport d'obligation, de renforcer ce rapport(2). C'est parce que B lui a promis (ou est légalement tenu) d'un certain comportement envers A que celui-ci va se procurer une sûreté personnelle ou demander à B de lui en fournir une. Sans doute, dans les sûretés personnelles non accessoires, l'engagement du tiers garant peut subsister alors même que celui du débiteur originaire vient à être annulé ou à s'éteindre. Mais il n'en est pas moins nécessaire qu'existe a priori un lien d'obligation à garantir, sinon on ne serait pas en présence d'une véritable sûreté. C'est pourquoi il nous semble, sur le plan terminologique, qu'on peut continuer à parler de "créancier" et de "débiteur" contrairement à ce qui est souvent proposé par la doctrine à propos des garanties bancaires.(3) Et nous croyons que, malgré le caractère non accessoire des sûretés considérées, le rapport entre le créancier et le débiteur peut toujours être désigné comme "l'obligation principale" ou "l'obligation garantie".

154 - Toutes sortes d'obligations peuvent être garanties par des sûretés personnelles non accessoires. La pratique révèle cependant une sorte de sélection dans les obligations garanties : il s'agit fréquemment d'obligations de faire, plus rarement d'obligations de sommes d'argent. On le remarque notamment à propos des garanties bancaires à première demande, très développées

-oooOooo-

(1) M. Rémond-Gouilloud, L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, JCP 1977-I-2850 n° 7

(2) voir supra n° 4

(3) Schinnerer, Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, précité, p 319 ; Pouillet, art précité n° 10 note 41 - en matière de garanties bancaires, les auteurs utilisent les termes de "donneur d'ordre" et de "bénéficiaire" ; cette terminologie - qui est celle de la CCI - n'est pas inexacte mais elle ne peut être transposée aux autres sûretés non accessoires dans la mesure où nous le verrons, le garant ne s'engage pas toujours sur l'ordre du débiteur - cf Van Lier, art précité, note 9 qui propose l'expression "premier obligé" pour désigner le débiteur principal.

dans le cadre de marchés de fournitures ou de travaux, pour garantir l'exécution des obligations du vendeur ou de l'entrepreneur, mais beaucoup plus rares dans le domaine des opérations de crédit. La raison en est simple : les risques de contestation de la part du garant, donc de retard dans l'exécution de l'obligation garantie, sont beaucoup plus importants pour une obligation de faire que pour une obligation de somme d'argent, car il est plus facile de discuter sur l'exécution correcte d'un marché de travaux que sur le remboursement exact d'un crédit. Or ce sont ces risques de contestation, nous l'avons vu, qui appellent la renonciation au caractère accessoire dans les garanties bancaires. Pour des raisons tout à fait différentes, ce sont également les obligations de faire qui appelleront le plus des sûretés comme la garantie indemnitaire, où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette. Les risques d'extinction de la créance par force majeure - que ces sûretés permettent de couvrir - sont en effet plus importants pour les obligations de faire que pour les obligations de sommes d'argent.(1)

Ces raisons sont multipliées lorsque le débiteur et le créancier résident dans des pays différents, et ce n'est pas un hasard si les sûretés non accessoires se sont développées surtout dans les relations commerciales internationales. D'une part, les risques affectant l'existence même de la créance sont particulièrement élevés : risques politiques, économiques, monétaires. D'autre part, en raison des difficultés procédurales liées à l'extranéité du litige, toute contestation par le garant du bien-fondé de la demande du créancier peut s'avérer désastreuse pour ce dernier, qui aura donc tout spécialement intérêt à faire renoncer le garant aux exceptions tirées de l'obligation principale.

155 - Ce ne sont là, cependant, que des contestations de fait. Juridiquement, la nature du contrat et de l'obligation garantie est sans incidence sur le mécanisme de la sûreté non accessoire(2) et, à l'inverse, cette sûreté n'affecte pas en principe les rapports entre le débiteur et le créancier.(3) Sans doute, dans la délégation et les mécanismes qui lui sont apparentés (crédit documentaire, cartes de crédit), l'exigibilité de l'obligation du débiteur initial (délégant, acheteur donneur d'ordre du crédit documentaire, titulaire de la carte de crédit) se trouve modifiée puisqu'il n'est plus tenu envers le créancier, qu'à titre subsidiaire. Cependant, cela ne tient pas au caractère

-oooOooo-

(1) cf Bär Zum Rechtsbegriff der Garantie, précité, p 32 s qui dresse à partir de cette idée une liste des créances pour lesquelles la "Garantievertrag" apparaît une sûreté appropriée.

(2) X. Tandeau de Marsac, art. précité n° 2, note 1

(3) ibid n° 15 et 19

non accessoire de la garantie, mais au fait que celle-ci est couplée avec un paiement par un tiers. Dans les autres sûretés personnelles non accessoires, le débiteur originaire reste tenu d'exécuter son obligation en premier lieu, comme s'il n'existait pas de sûreté.

Si le garant est amené à accomplir la prestation, l'obligation du débiteur originaire ne disparaît pas pour autant. Si le montant versé est inférieur au préjudice subi, le créancier peut conserver un recours contre son cocontractant pour le surplus.(1) Quant à la somme versée par le garant, le débiteur n'en est pas libéré ; c'est le garant qui en devient désormais créancier par le jeu de la subrogation, ce qui explique son recours contre le débiteur.(2)

Cependant, ce recours est également lié aux rapports personnels qui peuvent exister entre le débiteur et le garant.

## SECTION 2 - Les rapports entre le débiteur et le garant.

156 - Contrairement aux précédents, ces rapports ne sont pas théoriquement indispensable à la constitution de la sûreté. En matière de cautionnement, l'article 2014 du Code civil prévoit expressément l'hypothèse où la caution s'engage spontanément, sans ordre ou même à l'insu du débiteur ; cependant, cette hypothèse est extrêmement rare en pratique : presque toujours, c'est à la demande du débiteur que la caution s'engage. Pour les sûretés personnelles non accessoires, il faut sans doute se montrer plus nuancé. On retrouve ici, en fait, la distinction entre les deux catégories de sûretés non accessoires.

157 - 1°/ Dans les sûretés où la disparition du caractère accessoire affecte la contribution à la dette, on constate - même si ce n'est pas une règle absolue - que le garant est assez souvent en rapports avec le seul créancier. C'est le cas dans l'assurance-crédit et c'est même l'un des critères qui permet de distinguer cette opération du cautionnement(3) : l'assureur s'engage à la demande du créancier et est rémunéré par lui, il n'a pas de contact avec le débiteur, qu'il ne connaît que nominativement, par la liste des créanciers assurés. De même, dans la conception traditionnelle du contrat de garantie en Allemagne et en Suisse, l'existence de relations entre le garant et le débiteur n'apparaît pas comme étant la règle.(4) De même encore, la clause de *du croire* dans le

-oooOooo-

- (1) X- Tandeau de Marsac, art. précité
- (2) voir infra n° 226 s
- (3) Simler, JCL civil, Cautionnement
- (4) Boetius, op cit, p. 41

contrat de commission - qui est, selon nous, une application particulière du contrat de garantie ne suppose pas de relations particulières entre le commissionnaire et le débiteur : le commissionnaire se porte du croire alors qu'il ne connaît pas nécessairement le tiers avec lequel le contrat sera passé pour le compte du commettant.

Ce phénomène - même s'il est de pur fait - s'explique assez bien en fonction de l'esprit général des sûretés considérées. Il s'agit de cas où, pour reprendre l'expression déjà citée d'un auteur allemand, l'obligation du garant est "orientée vers la sphère juridique du créancier" (gläubiger-bezogen)(1) Le garant s'engage non pour rendre service au débiteur, pour assurer son crédit, mais dans l'intérêt du créancier, soit parce que celui-ci le rémunère (assurance-crédit, du croire), soit pour l'inciter à un certain comportement (contrat de garantie d'incitation"). C'est d'ailleurs pour cela qu'il accepte, éventuellement, de prendre en charge des risques plus étendus que la seule insolvabilité du débiteur.

158 - 2°/ Les rapports juridiques entre le débiteur et le garant sont en revanche une pièce essentielle du mécanisme du second type de sûretés non accessoires, celles où l'absence de caractère accessoire n'affecte pas la contribution à la dette. On ne peut pas concevoir, en effet, que dans ce type de sûreté, le garant s'engage sans ordre ou à l'insu du débiteur, dont la situation peut se trouver considérablement aggravée en cas d'appel abusif de la part du bénéficiaire. Le garant qui n'entend jamais supporter juridiquement la charge de la dette, se ménage nécessairement un recours contre le débiteur et ce recours suppose un contrat avec ce dernier, car la subrogation ne pourra pas jouer si le bénéficiaire de la garantie n'était pas le créancier.

Un tel contrat constitue la première phase, essentielle, de la délégation : le délégant demande au délégué, qui accepte, de s'engager envers le délégataire. Ce contrat fait naître, en lui-même, certaines obligations : le délégant peut contraindre le délégué à respecter son engagement envers le délégataire, ou le poursuivre en résolution pour inexécution de cet engagement.(2) De même on constate l'existence d'un contrat entre le débiteur et le garant chaque fois que celui-ci est une banque : crédit documentaire, cartes de crédit, garanties documentaires ou à première demande. La banque s'engage envers son

-ooo0ooo-

(1) Boetius p. 39 s

(2) Simler, JCL Civil art 1271-1281, n) 106

client donneur d'ordre à payer le créancier ou à lui fournir sa garantie ; le client, de son côté, s'engage à rembourser à la banque toutes les sommes qu'elle peut être amenée à payer et à lui verser une rémunération.

159 - Il n'est pas très facile de déterminer la nature juridique de ce contrat entre le débiteur et le garant. La doctrine s'est récemment posée la question à propos des garanties bancaires à première demande, et l'opinion la plus répandue en France tout ou moins, est qu'il s'agit d'un mandat.(1) C'est, du reste, la qualification qui est généralement admise, en matière de cautionnement, pour le contrat entre le débiteur et la caution.(2) La difficulté est cependant, dans l'un et l'autre cas, que le garant (pas plus que la caution) ne représente le débiteur lorsqu'il s'engage envers le bénéficiaire de la garantie. Il s'engage peut-être pour le compte du débiteur(3), mais certainement pas au nom de ce dernier ; c'est, évidemment, sur son patrimoine personnel qu'il devra payer le créancier, sinon il n'y aurait aucune garantie pour ce dernier. Cela ne correspond pas bien à la définition que l'article 1984 du Code civil donne du mandat "acte par lequel une personne donne à une autre pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom". Mais il est vrai qu'on est bien en peine, en droit français, de trouver une autre qualification plus satisfaisante : on n'est certainement pas en présence d'un contrat d'entreprise car celui-ci s'applique à des actes matériels et non pas à des actes juridiques (4) ; quant à dire qu'il existe entre le garant (lorsque c'est une banque) et le débiteur donneur d'ordre de la garantie une convention de crédit (5), cela est certainement exact d'un point de vue économique, mais ce n'est pas une qualification juridique suffisante.(6)

En fait, le débat - qui n'a pas, semble-t-il, un grand intérêt pratique - révèle surtout l'inadaptation en droit français, du concept traditionnel de mandat ou, du moins, la lacune que constitue l'absence d'une catégorie juridique intermédiaire entre l'entreprise et le mandat. Le droit allemand fournit à cet égard un concept très adapté pour rendre compte des relations entre le garant et le débiteur : il s'agit du "Geschäftsbesorgungsvertrag"(contrat ayant

-oooOooo-

- (1) Vasseur, rapport au colloque de Tours, précité ; Y. Pouillet, art précité n° 5
- (2) Simier, JCL civil, Cautionnement, fasc D ; Jestréz, Enc Dalloz V° Cautionnement n° 181  
n° 41
- (3) voir infra n° 164
- (4) Mazeaud de Juglart
- (5) Gavalda-Stoufflet, art précité n° 28 ; van Lier, art précité, n° 4-4 ; de Smet, Les relations entre le donneur d'ordre et le garant, rapport au colloque de Tours.
- (6) le crédit peut prendre diverses formes juridiques, prêt, escompte, etc...

pour objet l'expédition d'une affaire), prévu par le § 675 du BGB. On notera cependant que le texte allemand déclare applicables à ce type de contrat les règles du mandat. Il nous semble donc qu'on peut maintenir sans inconvénient, en droit français, la qualification de mandat à propos du contrat passé entre le débiteur et le garant.(1)

Il faut, en tous cas, quelle que soit la qualification adoptée, bien distinguer ce contrat de celui qui est passé entre le garant et le créancier et qui constitue, à proprement parler, la sûreté.

## H A P I T R E S E C O N D - LE CONTRAT GENERATEUR DE LA SURETE.

160 - Les rapports entre le garant et le créancier trouvent nécessairement leur source dans un engagement volontaire du garant, dans un acte juridique. On ne peut en effet concevoir que le garant soit engagé contre son gré à exécuter une obligation à laquelle, par hypothèse, il n'a pas d'intérêt personnel.(2)

En général, il existe un véritable contrat entre le garant et le créancier. Cependant, dans certains cas, on peut se demander si l'on n'est pas plutôt en présence d'un acte juridique unilatéral. Par exemple, les garanties bancaires du commerce international se présentent généralement sous la forme d'une simple lettre adressée par la banque au bénéficiaire, sans manifestation de volonté de la part de celui-ci.(3) En droit français, où la théorie de l'engagement unilatéral n'est admise qu'avec beaucoup de réticences (4), la doctrine ramène habituellement cette hypothèse à la figure du contrat, par le biais de l'acceptation tacite du bénéficiaire de la garantie.(5) Ce procédé - dont on a fait de fréquents abus(6) - ne paraît pas ici trop artificiel dans la mesure où nous sommes en présence d'un acte juridique qui ne comporte d'obligations qu'à la charge du garant et qui est dans l'intérêt exclusif du bénéficiaire.(7) Par

-oooOooo-

- (1) M. Poullet, (rapport au colloque de Tours, précité) parle d'un mandat "sans sens juridique précis", ce qui n'est pas très satisfaisant
- (2) de même, le cautionnement est toujours volontaire : on parle de cautionnement légal ou judiciaire pour désigner le cautionnement imposé par la loi ou le juge au débiteur, mais non à la caution.
- (3) cf l'expression "lettres de garantie" qui forme le titre de l'article de MM. Gavalda et Stoufflet
- (4) cf Flour et Aubert, Droit civil, L'acte juridique, n° 492 s
- (5) Vasseur, rapport au colloque de Tours, Gavalda-Stoufflet, n° 13
- (6) voir notamment la critique de Gounot, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, thèse Dijon, 1912
- (7) Ghestin. op cit n° 298.

ailleurs, on peut remarquer que c'est le bénéficiaire de la garantie qui en a sollicité la mise en place lors de ses négociations préalables avec le débiteur et qui en a souvent précisé les conditions ; on peut donc admettre qu'il a consenti d'avance à cette garantie. La question, de toute façon, n'a qu'un intérêt limité et n'est pas liée au particularisme des sûretés non accessoires.

- 161 - Ce particularisme, il apparaît à travers les éléments constitutifs du contrat (ou de l'acte juridique) considéré. Si les éléments subjectifs - consentement et capacité des parties - n'obéissent pas à des règles spécifiques par rapport au droit commun des contrats, le caractère non accessoire des sûretés considérées va influencer, notablement, en revanche, sur la détermination de l'objet (SECTION 1) et, surtout, de la cause (SECTION 2) du contrat entre le créancier et le garant.

#### SECTION 1 - L'objet du contrat.

- 162 - Par objet du contrat, dans l'article 1126 du Code civil, le législateur français désigne plutôt l'objet des obligations des contractants, c'est à dire la "chose" que chaque contractant s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire(2) C'est en ce sens que nous nous interrogerons ici sur l'objet dans les sûretés personnelles non accessoires : à quoi s'oblige le garant envers le créancier ?(3) La comparaison s'impose ici avec le cautionnement : on sait que la caution s'engage, aux termes de l'article 2011 du Code civil, à satisfaire à l'obligation du débiteur principal si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. On peut donc dire qu'il y a identité d'objet entre l'obligation de la caution, débiteur accessoire, et celle du débiteur principal - de même que, dans la solidarité, il y a unité d'objet entre les obligations des divers codébiteurs.(4) De prime abord, il n'en va pas de même dans les sûretés personnelles non accessoires. Etant tenu à titre indépendant, le garant peut, semble-t-il, être obligé à autre chose que le débiteur principal. La doctrine n'a pas manqué, notamment à propos des garanties à première demande, de souligner cette conséquence

-oooOooo-

- (2) sur les différents sens du terme "objet" dans le droit des contrats voir par exemple Ghestin, Les obligations, n° 509 s.
- (3) Il n'est ici question que de l'obligation du garant et non de celle qui pèse, éventuellement sur l'autre partie. Le plus souvent les sûretés personnelles non accessoires sont des contrats unilatéraux et, même lorsque le garant est rémunéré par le créancier (assurance-crédit), l'obligation de celui-ci ne présente aucune particularité.
- (4) cf par exemple Flour, Les sûretés, cours précité p. 57



du caractère non accessoire de l'engagement du garant.(1) En réalité, il faut avancer ce propos. L'autonomie de l'obligation du garant ne supprime pas nécessairement tout lien entre l'objet de cette obligation et celui de l'obligation principale(A), et de toute façon, elle n'influence pas toujours la nature de la prestation mise à la charge du garant.(B)

A - Lien de l'objet de l'obligation du garant et de l'obligation principale.

163 - La différence avec le cautionnement est nette sur ce point, en théorie tout au moins, pour les sûretés où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette : assurance-crédit, "Garantievertrag", promesse de porte-fort utilisée comme sûreté, ducroire du commissionnaire... Ici l'objet de l'obligation du garant est, par essence, distinct de celui de l'obligation principale. Ces sûretés ont, nous l'avons montré, un caractère indemnitaire : le garant ne s'engage nullement à exécuter l'obligation du débiteur, il s'oblige à indemniser le créancier pour le préjudice qu'il peut être amené à subir en cas de non-accomplissement de la prestation promise.(2) L'indépendance de la garantie est d'ailleurs étroitement liée à ce caractère indemnitaire puisque le dommage subi par le créancier n'est pas, a priori, affecté par les causes de nullité ou de disparition de l'obligation du débiteur.

164 - Il n'en va pas de même dans les autres sûretés non accessoires, où l'inopposabilité des exceptions est seulement un moyen de faciliter la mise en oeuvre des droits du bénéficiaire et ne modifie pas la contribution à la dette. Dans tous les mécanismes étudiés sous cette rubrique, le garant s'engage à la demande du débiteur et pour son compte, à sa charge ; c'est donc qu'il s'engage à exécuter une obligation qui pèse, normalement, sur ce débiteur. Cette identité d'objet est parfaitement compatible avec le caractère non accessoire de l'obligation du garant : sans doute celui-ci pourra être amené à s'exécuter alors que le donneur d'ordre n'est pas débiteur, et il est difficile de dire alors qu'il exécute l'obligation de ce dernier. Mais tel n'est pas, on le sait, le but recherché par les parties:si le bénéficiaire de la garantie se fait payer

-oooOooo-

(1) Vasseur rapport au colloque de Tours, précité ; Gavalda et Stoufflet, art précité, n° 29

(2) voir supra n° 37

alors qu'il n'est pas créancier, ce n'est qu'un "accident" provoqué par le caractère non accessoire, non pas un effet normal et voulu de celui-ci. Il n'en reste pas moins que, dans la volonté initiale des parties, l'objet de l'obligation du garant, c'était d'exécuter l'obligation du débiteur principal, et seulement si celui-ci en était tenu.

165 - Cette identité d'objet, en dépit du caractère non accessoire, elle apparaît nettement dans la délégation et dans les mécanismes qui lui sont apparentés. Ainsi, dans le crédit documentaire, le rôle du banquier est bien de payer le prix de vente pour le compte de l'acheteur ; de même l'organisme émetteur d'une carte de crédit s'oblige à régler les factures émises par les titulaires de cartes, factures représentant les obligations de ces derniers envers les fournisseurs. Cela est peut être moins net dans le schéma général de la délégation, parce que, en droit français, on raisonne toujours dans l'hypothèse où le délégué est débiteur du délégant, et on peut avoir l'impression que c'est sa propre obligation que le délégué exécute en payant le délégataire ; en réalité, il n'en est rien, car on sait que l'existence d'une telle obligation n'est pas juridiquement nécessaire à la validité de la délégation. Il apparaît plutôt que c'est l'obligation du délégant envers le délégataire que le délégué s'oblige à exécuter, sans doute en son propre nom, mais pour le compte du délégant ; l'extinction de sa propre obligation envers ce dernier ne sera qu'un effet réflexe du paiement. Remarquons en ce sens que les définitions allemandes et suisses de l'assignation - qui équivaut, on le sait à notre délégation - mentionnent clairement que l'assigné agit pour le compte de l'assignant.(1) Mais nous dira-t-on, ce raisonnement ne peut pas être transposé aux garanties bancaires : la banque garante en effet ne s'engage pas à accomplir la prestation du donneur d'ordre ; elle s'oblige à indemniser le bénéficiaire en lui versant une somme d'argent équivalente à une fraction du marché. Bien que certains auteurs aient vu là un argument en faveur de la distinction des garanties bancaires et du cautionnement(2), nous croyons que cela ne fait pas obstacle à notre analyse : la banque garante s'engage bien, pour le compte du donneur d'ordre, à exécuter une obligation pesant normalement sur ce dernier. Si cela n'apparaît pas aussi nettement que dans la délégation ou les mécanismes apparentés, c'est parce que le lien existant entre l'obligation du garant et celle du débiteur ne se traduit pas nécessairement par une identité de nature des prestations.

-oooOooo-

(1) § 783 BGB : "Le délégué est habilité à effectuer la prestation au délégataire pour le compte du délégant" - art 466 CO suisse

(2) Eismann, article précité.

B - Nature de la prestation due par le garant.

166- Il faut bien reconnaître que la différence que nous avons faite, du point de vue de l'objet de l'obligation du garant, entre les deux types de sûretés non accessoires, n'a pas beaucoup de conséquence pratique. Il se peut, tout d'abord, que le garant, tenu d'une obligation indemnitaire, s'engage à assurer la réparation en nature du préjudice subi par le créancier, donc à exécuter la même prestation que celle qui avait été promise par le débiteur : si cela semble incompatible avec la technique de l'assurance, une telle réparation en nature n'est pas exclue dans le cadre du "Garantievertrag" ou de son équivalent français, le porte-fort, à condition qu'elle soit expressément stipulée dans l'engagement.(1) Surtout, à l'inverse, il n'est pas nécessaire que le garant qui s'est engagé à "satisfaire à l'obligation du débiteur" exécute cette obligation en nature ; il peut simplement s'engager à indemniser le créancier.

Cela n'a jamais fait difficulté pour le cautionnement. En règle générale, la caution d'une obligation de faire s'engage seulement à verser une somme d'argent au créancier. Cela est parfaitement compatible avec le caractère accessoire du cautionnement et avec l'identité d'objet entre les deux obligations affirmée par l'article 2011 du Code civil. Il suffit en effet de se rappeler que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout, en cas d'inexécution, en dommage-intérêts de la part du débiteur. On peut alors considérer que c'est cette obligation aux dommages-intérêts qui est cautionnée(2), et on peut sans difficulté transposer le raisonnement aux garanties bancaires.(3) La différence entre les deux types de sûretés non accessoires est alors la suivante. Dans l'assurance-crédit ou la garantie indemnitaire, le garant est tenu d'une obligation indemnitaire "primaire", qui ne trouve pas sa source dans l'inexécution de l'obligation du débiteur principal, mais, directement, dans le préjudice subi par le créancier. Dans les garanties bancaires - comme dans tout cautionnement d'une obligation de faire - l'obligation d'indemniser apparaît dérivée de celle du débiteur principal.(4) Mais, alors, autant

-oooOooo-

(1) voir pour le porte-fort en droit français : Planiol-Ripert par Esmein t VI n° 52 ; Beudant-Lerebours-Pigeonnière, T XI n° 938 - pour le "Garantievertrag" : Boetius op cit, p. 20 s.

(2) dans ce sens Simler, JCl Civil fasc 6, n° 46

(3) Dubisson, art précité, p 438-439

(4) sur la distinction entre obligations indemnitaires primaires et dérivées voir supra n° 49

que l'objet, c'est la cause de l'obligation qui est, dans l'un et l'autre cas, profondément différente.

## SECTION 2 - La cause du contrat.

167 - La notion de cause apparaît d'emblée, au ~~cours~~ du débat sur les sûretés personnelles non accessoires.(1) La cause d'une sûreté n'est-elle pas, a priori, dans la créance à garantir, dans l'obligation du débiteur envers le créancier ? Dès lors, l'indépendance des sûretés non accessoires par rapport à l'obligation principale amène inévitablement à se demander quelle est la cause de ces sûretés et si, même, elles ont bien une cause. Ne s'agit-il pas plutôt d'actes abstraits ? Toutes les études doctrinales actuelles relatives aux garanties bancaires "à première demande" butent sur cette interrogation fondamentale - tout comme, depuis beaucoup plus longtemps, la question de la cause est systématiquement évoquée dans toute étude relative à la délégation, au crédit documentaire, et, bien entendu, à l'engagement cambiaire.. La question n'est pas purement théorique. Tout d'abord, on le sait, de nombreux systèmes juridiques - et en premier lieu le droit français - répugnent à reconnaître la validité des actes abstraits ; c'est une des raisons qui amènent la doctrine à s'interroger sur la validité des garanties à première demande en droit français. Ensuite, la détermination de la cause des sûretés non accessoires, et le rôle qui lui est reconnu vont permettre de préciser la portée exacte de l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat principal et, partant, l'étendue des droits du bénéficiaire. La controverse sur la cause des sûretés non accessoires n'est donc pas seulement un débat d'universitaires ; pour prendre encore l'exemple brûlant des garanties bancaires, c'est aussi un débat entre exportateurs donneurs d'ordre - favorables à la reconnaissance d'une cause - et bénéficiaires, qui voudraient voir admettre le caractère abstrait des garanties.(2)

168 - La question, est, on s'en doute, particulièrement complexe tant la notion de cause est incertaine. Sans céder à la tentation, qui assaille le juriste chaque fois qu'il s'agit de cause, de tout reprendre depuis le début, il est nécessaire de poser quelques préliminaires (§1) avant de formuler des

-oooOooo-

(1) voir supra n° 3 s.

(2) les discussions au colloque de Tours sur les garanties contractuelles ont fait ressortir l'importance de ce débat théorique ; il faut remarquer que les banques garantes, qui ne tiennent pas à intervenir dans les relations commerciales entre donneur d'ordre et bénéficiaire se montrent elles aussi favorables à une certaine abstraction de la garantie.

propositions relatives à la cause des sûretés non accessoires. (§2)

§1 - Préliminaires.

A - La notion de cause

169 - On sait que l'article 1108 du Code civil (1) qui exige, pour la validité d'une convention, "une cause licite" dans l'obligation, ne contient aucune définition de cette notion, pas plus que les articles 1131 à 1133 qui règlent les conséquences de l'absence ou de l'illicéité de la cause. On sait également qu'il existe principalement, dans la doctrine et la jurisprudence française, deux conceptions de la cause : l'une objective - classique, abstraite - qui se rapporte au but immédiat (cause proxima) de tout contractant dans chaque catégorie de contrat ; l'autre subjective - moderne, concrète - qui recouvre les motifs, les mobiles personnels d'un contractant déterminé dans chaque contrat particulier.(2) L'opinion actuellement dominante est qu'il faut faire une place, en droit français, à chacune des deux conceptions, objective et subjective, dont le rôle est différent : la cause objective, dont l'existence est une condition de validité des contrats est un moyen de protéger les intérêts particuliers en contrôlant l'équilibre contractuel ; la cause subjective n'est prise en considération que pour apprécier la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes moeurs, donc pour protéger l'intérêt général. Seule nous intéresse ici la cause au sens objectif - Les mobiles, essentiellement variables, que le garant peut avoir de s'engager envers le bénéficiaire de la garantie, n'ont rien de spécifique dans le cadre des sûretés personnelles non accessoires. En revanche, la cause objective de ces sûretés fait problème, dans la mesure où le but immédiat, le fondement de l'obligation du garant semble faire défaut si l'obligation garantie est nulle ou s'éteint.

170 - Malheureusement, la notion de cause objective est elle-même fort incertaine. Plus exactement, elle n'est claire que dans les contrats synallagmatiques, où elle s'identifie avec la contrepartie de l'obligation de chaque contractant ; donc avec l'obligation de l'autre contractant : la cause de l'obligation du vendeur est dans le paiement du prix ; la cause de l'obligation de l'acheteur est dans le transfert de propriété de la chose.

-oooOooo-

- (1) Dans le cadre limité de cette étude, il ne sera pas possible de faire un exposé des différentes conceptions de la cause en droit comparé ; on se bornera à signaler ici ou là, quelques convergences entre le système français et les droits étrangers.
- (2) sur cette distinction voir par exemple Ghestin, Les obligations n° 629 s.

Ailleurs, dans les contrats unilatéraux où l'obligation d'un contractant est sans contrepartie, la notion de cause est moins claire, et un exemple caractéristique des incertitudes auxquelles elle donne lieu se trouve précisément dans le domaine des sûretés personnelles : nous pensons au problème de la cause du cautionnement. Ce problème, qui avait donné lieu à de multiples controverses doctrinales (1) a reçu une solution dans un très remarquable arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 8 novembre 1972 (Lempereur)(2) Dans cette affaire, il s'agissait d'un gérant de société qui avait cautionné les engagements de cette dernière envers une banque ; ayant perdu par la suite le contrôle de cette société, il prétendait n'être plus tenu envers la banque, son cautionnement n'ayant plus de cause. La chambre commerciale repousse cette argumentation, en distinguant la cause des mobiles de l'engagement. Les relations qui unissaient la caution à la société, débiteur principal, ne constituaient que les mobiles de son engagement ; la disparition ultérieure de ces mobiles est sans influence sur la cause fixée au moment de la formation du contrat. Quant à cette cause (objective) dont l'absence aurait pu influencer sur la validité de l'obligation de la caution, elle se trouve, selon la cour de cassation, dans "la considération de l'obligation prise corrélativement par la Société Générale (la banque créancière), à savoir l'ouverture de crédit à la Société Lempereur".

On reconnaît aisément dans cette formule, la transposition de la définition de la cause admise pour les contrats synallagmatiques : la cause, c'est la considération de l'obligation prise par l'autre partie (le créancier), à ceci près que la contrepartie est ici versée, non pas à la caution, mais au débiteur principal. Or cette transposition n'est pas très satisfaisante : si on comprend bien, dans les contrats synallagmatiques, que l'un des contractants s'engage en considération de la contrepartie versée à un tiers, on comprend moins bien, par la seule définition de la cause du cautionnement que donne la cour de cassation, que la caution s'engage en considération d'une contrepartie versée à un tiers. On ne le comprend que si on recherche pourquoi la caution entend ainsi favoriser le tiers : mais alors nous sommes ramenés aux relations entre la caution et le débiteur, donc aux mobiles subjectifs de l'engagement de la caution...(3) Que reste-t'il, dès lors de la distinction entre cause subjective

-oooOooo-

(1) on en trouvera un résumé dans Ghestin, Les obligations n° 709

(2) Com 8 novembre 1972, D 1973-753 note Malaurie

(3) Ghestin, op cit n° 711 estime que la cour de cassation a donné de la cause une définition subjective.

et cause objective ?

171 - En réalité, ce glissement vers les mobiles est inévitable dès lors que l'on s'intéresse à la cause, non pas du contrat, mais de l'obligation de chaque partie. Cette conception est sans doute conforme à la lettre de l'article 1131 du Code civil, mais elle ne rend pas compte, à notre avis, des diverses utilisations de la notion de cause en droit positif, et notamment de l'idée d'absence de cause. Nous croyons que, si l'on veut éviter de revenir sans cesse à la cause subjective, psychologique, il faut considérer non pas la cause de l'obligation de chaque contractant, mais le but, la fonction économique du contrat, de l'acte juridique dans son ensemble.(1) La question à laquelle répond la notion de cause objective n'est pas "pourquoi tel contractant s'est-il engagé ?" mais, plutôt, encore "pourquoi le contrat a-t'il été passé ?" ou encore : "à quoi sert-il ?"

Dans cette optique, la conception de la cause qui nous semble la plus féconde est celle qui a été élaborée par M. Louis Boyer dans son étude sur la transaction (2) ; M. Boyer distingue, classiquement, deux notions de cause : la cause casuelle (qui correspond à la cause subjective et qui ne nous intéresse donc pas ici) et la cause "catégorique" - ainsi nommée parce qu'elle permet de qualifier, de catégoriser le contrat.(2bis) Cette cause catégorique est définie par M. Boyer comme "l'ensemble des motifs matériels qui rendent possible l'existence juridique du contrat"(3) ou, plus nettement encore comme "tous les éléments en l'absence desquels la réalisation du but contractuel devient impossible".(4) On remarquera donc qu'il s'agit d'une notion purement objective, qui s'applique au contrat, à l'opération juridique globalement envisagée et qui est donc parfaitement distincte des mobiles personnels des contractants.

172 - Cette cause purement objective ne se confond pas pour autant avec l'objet - objection classique des anticausalistes. Sans doute, M. Boyer observe-t'il que "les éléments matériels qui servent d'objets aux obligations des

-oooOooo-

- (1) com. la définition de la cause en droit italien : "funzione economica e sociale" d'un contrat (cité par Poulet, art précité n° 14 note 72) et, en droit allemand, la notion de "Geschäftsgweck" (but contractuel)
- (2) L. Boyer, la notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, th Toulouse, 1947, spec p 162 à 249
- (2) sur la cause comme élément de qualification du contrat, voir aussi F. Ferré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, th. Paris 1957, n°273-347
- (3) op cit, p 209
- (4) op cit p 216

contractants font nécessairement partie de la cause catégorique car en l'absence de l'un d'entre eux le but contractuel sera irréalisable" (1), et que, dans de nombreux cas, l'absence de cause se ramène à l'absence d'objet. Mais, si l'on sort des contrats sur lesquels la doctrine raisonne habituellement, - à savoir le contrat de vente et plus généralement les contrats synallagmatiques à titre onéreux -, on constate que certains éléments, bien qu'extérieurs à l'objet, sont nécessaires à la réalisation du but contractuel. Ces éléments doivent être intégrés dans la cause du contrat. C'est ainsi que, dans la transaction, l'existence d'un litige à terminer fait partie de la cause(2) ; dans le contrat d'assurance et plus généralement dans les contrats aléatoires, l'existence de l'aléa, du risque, fait partie de la cause, alors même qu'en son absence, les obligations des parties ne sont nullement dépourvues d'objet.(3) De même, si l'on voit dans le paiement un acte juridique(4), on dira que la cause de cet acte est dans l'obligation antérieure qu'il s'agit d'éteindre.(5)

Mais - et c'est en cela qu'elle nous intéresse tout particulièrement - la conception de M. Boyer se révèle très "opérationnelle" dans les contrats accessoires. Il s'agit là encore de conventions dans lesquelles la cause n'est pas constituée seulement par la réunion des éléments servant d'objet aux obligations des parties. M. Boyer prend ainsi l'exemple du cautionnement : "le contrat peut manquer de cause encore que l'obligation conditionnelle acceptée par la caution soit parfaitement possible : le but contractuel d'une telle opération vise en effet à la garantie d'un rapport de droit principal ; pour qu'un tel but soit réalisable, il faut donc qu'un tel rapport existe : la dette principale fait donc partie des motifs qui servent de cause au contrat".(6) On peut évidemment transposer cette analyse à toutes les sûretés classiques : le gage, l'hypothèque... peuvent, matériellement, être constitués dès lors que la chose affectée à la garantie existe ; cette chose constitue l'objet de l'obligation de restituer qui pèse sur le gagiste. Mais l'opération n'a de sens de cause que s'il existe une obligation principale à garantir.

-oooOooo-

- (1) *ibid.*, p 210
- (2) *ibid.*, p 122 s
- (3) *ibid.*, p 211 ; sur les rapports entre aléa et cause voir Ghestin, *op cit* n° 673 s.
- (4) N. Catala, *La nature juridique des paiements*, thèse, Paris.
- (5) Boyer, thèse précitée p 214
- (6) *ibid.*, p 213-214



Faut il en déduire que les sûretés non accessoires sont des sûretés abstraites, sans cause ? Avant de répondre à cette question il faut encore préciser ce qu'est exactement un acte abstrait.

B - La notion d'acte abstrait.

173 - Contrairement à certains systèmes juridiques étrangers, et notamment au droit allemand, le droit français répugne, on le sait, à reconnaître la validité des actes abstraits.(1) Mais, à dire vrai, la notion d'acte abstrait est, elle-même, mal connue des juristes français qui confondent trop souvent acte abstrait et acte sans cause. Les développements récents relatifs aux garanties bancaires à première demande en portent témoignage : l'alternative partout présente dans ces développements est de savoir si ces garanties ont une cause ou si elles sont abstraites ; et la plupart des auteurs concluent que les garanties bancaires ne sont pas des actes abstraits parce qu'elles ont une cause, qui est l'opération commerciale garantie.(2) Or le point de départ d'un tel raisonnement se trouve, à notre avis, faussé. En effet, comme l'écrit M. Rieg, "l'acte abstrait n'est pas dépourvu de cause, il en est seulement détaché"(3) Un acte abstrait est, d'abord, un acte causé.

174 - Pour comprendre cet apparent paradoxe, il faut bien voir que la notion d'acte abstrait ne s'applique pas, dans le langage juridique, à un acte déterminé à tel ou tel contrat particulier - dont on pourrait, effectivement, concevoir qu'il manque de cause. La qualification d'"abstrait" ou de "causal" s'applique en réalité à certains types d'actes, à certaines catégories de contrats. Ainsi lorsqu'on dit - et peu nous importe pour le moment l'exactitude de ces affirmations - que la délégation, les effets de commerce, les garanties à première demande ... sont des actes abstraits, cela vaut pour la catégorie juridique envisagée dans son ensemble. Dès lors, il est clair qu'on ne veut pas dire par là que les actes considérés soient, d'une manière générale, dépourvus de cause. La cause étant définie comme le fondement économique, le

-oooOooo-

- (1) Planiol et Ripert t VI par Esmein n° 269 ; Marty et Raynaud, Obligations n° 185 et 193 ; Flour et Aubert, L'acte juridique n°257 - voir récemment sur cette question M. Vivant, Le fondement juridique des obligations abstraites, D 1978, chron p 39
- (2) Gavalda et Stoufflet, art précité n° 12 ; Vasseur, note précitée D 1979-259 ; Berlioz, art précité, n° 17
- (3) A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand, LGDJ 1961 n° 277.

but du contrat, on peut difficilement concevoir qu'il existe dans la vie juridique des catégories de contrats qui n'aient aucun fondement, qui ne servent à rien. Si la délégation, les garanties bancaires, les effets de commerce sont utilisés en pratique c'est parce qu'ils permettent de satisfaire certains intérêts, c'est parce qu'ils ont en principe, une cause. Ce qui peut arriver, bien sûr, c'est que dans tel ou tel acte particulier appartenant à la catégorie considérée, la cause fasse défaut - matériellement et non conceptuellement - parce que, pour reprendre la formule de M. Boyer, l'un des éléments nécessaires à la réalisation du but contractuel fait, accidentellement, défaut. Ainsi, si l'on considère que la provision est la cause de la lettre de change, il peut arriver que tel ou tel effet soit sans cause parce que le tiré n'a pas reçu les marchandises qui devaient lui être livrées ou les sommes qui lui avaient été promises...

La question se pose alors de savoir si le débiteur va pouvoir invoquer ce défaut de cause pour se soustraire à son engagement. C'est précisément là que va intervenir la notion d'acte abstrait : si nous sommes en présence d'un acte "causal", le tiré pourra opposer l'absence de cause, c'est à dire le défaut de provision ; il ne le pourra pas si la lettre de change est considérée comme un acte abstrait. La qualification "d'abstrait" ou de "causal" ne correspond donc pas à l'affirmation de l'existence ou de l'absence de la cause dans la catégorie d'actes considérés ; elle a trait seulement au rôle de cette cause, à son influence sur l'engagement du débiteur. Un acte abstrait peut être défini comme un acte normalement causé, mais dont l'absence éventuelle de cause n'influerait pas sur la validité.

175- De ce que les actes abstraits sont normalement, des actes causés, on tire des conséquences pratiques importantes. La cause conserve un rôle dans les actes abstraits, comme le montre très bien M. Rieg à propos du droit allemand.(1) Dans l'hypothèse d'acte abstrait la plus connue des juristes français, la reconnaissance de dette abstraite du § 781 du BGB,<sup>(2)</sup> le débiteur qui a payé alors que la dette reconnue n'existait pas a un recours contre le "créancier" ; ce recours est fondé sur le § 812 du BGB relatif à

-oooOooo-

(1) Rieg, op cit n° 292 s

(2) " La validité d'un contrat par lequel est reconnue l'existence d'un rapport d'obligation (reconnaissance de dette) nécessite que la reconnaissance soit déclarée par écrit" ; le § 780 pose une règle identique pour la promesse de dette.

l'enrichissement sans cause.(1) Il en va de même dans le domaine le plus significatif, en droit allemand, de l'"Abstraktions-prinzip", celui des actes de disposition : le principe d'abstraction signifie que dans les contrats ayant pour objet le transfert d'un droit réel (par exemple le contrat de vente) on sépare nettement le contrat générateur d'obligations de l'acte translatif du droit ; par conséquent la nullité ou la résolution du rapport obligatoire n'entraîne pas ipso facto l'anéantissement du transfert de propriété. Mais, là encore, le vendeur (qui sera tenu de restituer le prix) aura contre l'acheteur un recours fondé sur l'enrichissement sans cause.(2)

Ces solutions ne sont pas spécifiques du droit allemand. Dans son étude sur l'obligation abstraite en droit comparé, le juriste belge De Page a montré que la plupart des systèmes juridiques connaissant l'acte abstrait ne consacrent qu'une abstraction atténuée, avec "recours postposé" fondé sur l'enrichissement sans cause.(3) Or nous retrouvons, à travers cette conception de l'acte abstrait, une distinction qui nous est familière : le caractère abstrait affecte l'obligation du débiteur envers le créancier, en ce qu'elle lui interdit d'invoquer l'absence de cause pour se soustraire au paiement, elle n'affecte pas, en revanche, sa contribution, c'est à dire ce qu'il doit supporter en définitive. C'est que - comme dans tous les cas où l'on retrouve cette distinction - le but de l'abstraction n'est pas de procurer au créancier plus de droits qu'il n'en a normalement, c'est simplement de le mettre dans une situation de force lors de la mise en cause de ses droits ; il s'agit en d'autres termes, d'assurer la sécurité et la rapidité des transactions en sacrifiant - temporairement - les impératifs de protection du débiteur.(4)

-oooOooo-

- (1) l'exception tirée du défaut de cause peut même être invoquée par le débiteur, avant le paiement, pour repousser la demande du créancier. L'abstraction des promesses et reconnaissances de dette en droit allemand est donc beaucoup moins absolue qu'on ne le croit habituellement ; ces promesses et reconnaissances abstraites ne sont pas si éloignées du "billet non causé" prévu par notre article 1132 C Civ - sur le sens exact de l'abstraction dans les § 780 et 781 voir : De Page, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles, 1957, spec p 125 s.
- (2) Rieg. op cit. n° 295 s
- (3) De Page, op cit, spec p 103 s - Le seul cas d'obligation abstraite "absolue" sans recours du débiteur qui a payé sans cause semble être celui du "deed" anglais (De Page p 135 s)
- (4) sur cette fonction de l'abstraction : Rieg, op cit n° 277; et surtout De Page p 104 s

176- On comprend bien, dès lors, pourquoi le droit civil français, tout entier orienté vers la protection du débiteur, se montre si réticent à l'égard de la notion d'acte abstrait. On comprend aussi que cette notion soit reçue plus facilement en droit commercial, notamment dans le droit cambiaire, où les impératifs de sécurité et de rapidité du paiement priment souvent sur les intérêts du débiteur. Plus généralement, la doctrine française admet la validité des engagements abstraits dans les relations juridiques triangulaires, où le créancier, qui ne connaît pas nécessairement la réalité des rapports entre les deux autres personnes, bénéficie d'une protection spéciale fondée sur l'apparence. (1)

D'un point de vue technique, en tout cas, rien ne semble s'opposer à la reconnaissance des actes abstraits en droit français. Sans doute, l'article 1131 du Code civil déclare-t-il que "l'obligation sans cause ...ne peut avoir aucun effet", mais, nous l'avons vu, les actes abstraits ne sont pas des actes sans cause. Il s'agit d'actes dans lesquels le débiteur ne peut se prévaloir du défaut de cause; tout se passe comme s'il avait renoncé à l'application de l'article 1131, et le problème est alors de savoir si une telle renonciation est licite, autrement dit si l'article 1131 est d'ordre public (2). A cet égard il faut distinguer : le texte est certainement d'ordre public en ce qu'il prohibe l'obligation ayant une cause illicite (cause étant pris ici dans le sens de mobiles subjectifs), car cette règle vise à protéger l'intérêt général (3). En revanche, l'exigence d'une cause (au sens objectif) est regardée aujourd'hui par la majorité de la doctrine comme une règle d'intérêt privé, destinée à assurer l'équilibre contractuel (4). Il paraît donc possible de renoncer à se prévaloir de l'absence ou de la disparition de la cause. La solution, admise à propos de la confirmation d'un acte nul pour défaut de cause (5), fait cependant davantage difficulté lorsqu'il s'agit d'"abstraire" un acte de sa cause, parce que cette abstraction suppose une renonciation anticipée à la protection de l'article 1131, à un moment où le débiteur ne sait pas encore si le contrat aura ou non une cause. Il y aurait là un obstacle sérieux à la validité des actes abstraits si la renonciation aboutissait à lier définitivement le débiteur malgré le défaut de cause ; on peut en effet considérer que la recherche, à travers la notion de cause, d'un certain équilibre contractuel, fait partie de ce qu'il est convenu d'appeler l'"ordre public de protection" , ce qui aboutirait à

-oooOooo-

(1) cf Rieg, thèse précitée, n° 286; Vivant, art précité, n° IB- les exemples donnés par ces auteurs ne sont pas toujours significatifs, car la cause, dans les opérations juridiques triangulaires, est difficile à situer - cf infra n° 179s

(2) De Page, op cit, p 163

(3) Ghestin, op cit n° 690s; c'est le caractère abstrait d'un acte n'empêche pas son annulation pour cause illicite ou immorale; voir par exemple pour la délégation:

(4) Ghestin, op cit n° 776. Flour et Aubert op cit n° 334 ; Weill-Terré op cit n° 299 ; Starck, Les obligations n° 1632-*contra* : Mezeaud-Chabas, Obligations

n° 304 et 305 ; Carbonnier, t4 § 48  
(5) Carbonnier, La confirmation des actes nuls, LGDJ 1972

(1)

interdire toute renonciation anticipée au bénéfice de cette protection. Mais nous savons que la renonciation considérée, dans le processus de l'acte abstrait, a une portée très limitée, puisque le débiteur pourra toujours se prévaloir de l'absence ou de la disparition de la cause sur le plan des recours. La protection légale n'est donc pas vraiment écartée, elle est simplement aménagée dans sa mise en oeuvre (2).

Il n'en reste pas moins, qu'en fait, l'abstraction introduit dans le contrat un déséquilibre important, et qu'on peut, sur le plan de la politique juridique, souhaiter que son domaine soit limité (3). Il paraît souhaitable de n'admettre la validité des actes abstraits que si le sacrifice du débiteur est justifié par des intérêts suffisants, compte tenu de la personnalité des parties, du type d'actes, de la nature de l'opération... Il ne nous appartient pas de poser ici des règles générales, mais nous aurons à nous demander si de tels intérêts se rencontrent dans le domaine des sûretés personnelles, non accessoires, où, on le pressent, la notion d'acte abstrait va trouver d'importantes applications.

Il est temps, après ces longs préliminaires, de formuler nos propositions quant à la cause de ces sûretés non accessoires.

## § 2- Propositions : la cause des sûretés personnelles non accessoires

177- La question n'est pas de savoir si ces sûretés sont des actes abstraits ou causés. Il résulte de nos développements antérieurs que ces sûretés ont -d'un point de vue conceptuel- nécessairement une cause. L'apparent paradoxe que constitue la cause d'une sûreté non accessoire tient à ce que l'on raisonne trop exclusivement par comparaison avec le cautionnement, contrat accessoire : le cautionnement trouve sa cause dans l'obligation du débiteur (4); or cette obligation n'est pas nécessaire dans les sûretés non accessoires; on est tenté d'en déduire que ces sûretés n'ont pas de cause. C'est un peu comme si l'on cherchait à définir la cause d'une donation par référence au contrat de vente, en disant, dans le contrat de vente, chaque obligation trouve sa cause dans l'obligation de l'autre; or dans la donation, il n'y a pas de contrepartie, donc la donation est un contrat sans cause. Un tel raisonnement serait absurde, parce qu'il

-oooOooo-

- (1) sur le problème voir G. Couturier, thèse précitée, n° 293; et L'ordre public de protection. Etudes Flour, 1979, p 109s
- (2) dans ce sens: de Page, op cit p 168, qui admet pour cette raison la validité des actes abstraits en droit belge ( mais la question n'est pas très différente en droit français, où les textes sont les mêmes).
- (3) De Page, op et loc cit
- (4) voir supra n° 170

présuppose que la cause de la donation devrait être a priori la même que celle de la vente; or il n'en est rien, car on est en présence de deux contrats qui ont une fonction économique différente, et dont la cause est donc normalement différente. Il en va de même dans les sûretés personnelles non accessoires: elles n'ont pas nécessairement la même fonction que le cautionnement, donc pas nécessairement la même cause.

Il faut donc, d'abord, déterminer quelle est cette cause des sûretés personnelles non accessoires (A). Mais cela ne suffit pas, dans la mesure où cette cause n'exclut nullement que les sûretés non accessoires soient des actes abstraits: il faudra donc encore s'interroger sur le rôle de la cause dans ces sûretés (B)

#### A- Détermination de la cause

178- La plupart des sûretés personnelles non accessoires étant des contrats unilatéraux, où l'engagement du garant est sans contrepartie, il est difficile de trouver la cause du contrat dans les seules relations du garant et du bénéficiaire. Même d'ailleurs lorsque le garant est rémunéré par le créancier (ce qui est le cas dans l'assurance-crédit), cette contrepartie ne permet pas à elle seule d'expliquer le but, la fonction économique du contrat: si on comprend bien pourquoi l'assureur s'oblige, on voit mal, si on reste dans le cadre du contrat, pourquoi l'assuré accepte de payer les primes. Pour le comprendre, il faut se référer aux relations de l'assuré avec son débiteur. D'une manière plus générale, la cause des sûretés personnelles non accessoires doit être cherchée à l'extérieur du contrat garant-débiteur, c'est à dire soit dans les relations du garant avec le débiteur (a), soit, de manière à notre avis plus exacte, dans les relations du débiteur avec le créancier garanti (b)

#### a/ la cause et les relations débiteur - garant

179- Le raisonnement qui consiste à chercher la cause de la sûreté dans les relations du garant avec le débiteur a été souvent suivi en matière de cautionnement (1). La caution s'engage parce qu'elle a certaines relations d'amitié, de famille, ou d'affaires avec le débiteur, ou encore parce que ce dernier la rémunère: telle serait la cause de l'obligation de la caution. Un peu différemment, on a vu la cause de cette obligation dans le recours de la caution contre le débiteur et dans les garanties de remboursement qui assortissent éventuellement ce recours (2). La cour de cassation a condamné la première

-oooOooo-

(1) dans ce sens Remond-Gouilloud, art précité n° 20 s

(2) Jestaz, Enc Dalloz Droit civil V° Cautionnement; c'est un des fondements qui ont été assignés par la doctrine à l'article 2037, qui prévoit la décharge de la caution lorsque le créancier a laissé perdre les sûretés qui assortissaient la créance et, ainsi, compromis le recours de la caution; pour la critique de cette idée, voir Mouly, thèse précitée, n° 428s

conception dans l'arrêt Lempereur: les relations du garant avec le débiteur sont de simples motifs de son engagement, leur modification est sans influence sur la validité du contrat.<sup>(1)</sup> Quant à la seconde conception, après avoir influencé certaines décisions par le biais de la théorie de l'erreur (2), elle semble avoir été également rejetée dans un arrêt récent de la cour de cassation: cet arrêt (3) repousse l'argumentation d'une caution qui prétendait être déchargée au motif que le débiteur était insolvable dès la signature du contrat de cautionnement; la cour relève que, le versement des sommes prêtées au débiteur étant constant, le défaut de cause du cautionnement n'était pas établi. Il est donc clair, d'après cet arrêt, que la possibilité d'un recours contre le débiteur ne fait pas partie de la cause du cautionnement.

Ces solutions doivent être approuvées. Il serait à la fois illogique et très dangereux de situer la cause du cautionnement dans les relations débiteur - garant. Illogique parce que la cause "objective", catégorique, doit être la même dans tous les contrats d'une même catégorie: or les relations entre le débiteur et le garant sont éminemment variables; elles n'existent pas même nécessairement (nous savons que la caution peut s'engager sans ordre ou à l'insu du débiteur). Mais surtout, voir dans ces relations la cause du cautionnement serait dangereux pour le créancier, car la caution pourrait refuser de payer si ses rapports avec le débiteur se modifiaient: c'est précisément ce que la cour de cassation a voulu éviter dans l'arrêt Lempereur. Sans doute pourrait-on admettre que par une clause expresse, la caution renonce à se prévaloir des exceptions tirées de ses rapports avec le débiteur; mais, si ces rapports constituaient la cause du cautionnement, ils réapparaîtraient inévitablement lors des recours: par exemple la caution qui ne pourrait obtenir remboursement du débiteur pourrait se retourner contre le créancier, ce qui serait évidemment contraire au but du cautionnement.

C'est pour éviter que la situation du créancier ne se trouve ainsi "fragilisée" qu'un certain courant doctrinal a considéré que le cautionnement était un acte abstrait (4). Point n'est besoin d'aller jusque là: si la caution ne peut pas opposer les exceptions tirées de ses relations avec le débiteur, ce n'est pas parce que le cautionnement est détaché de sa cause, c'est tout simplement parce que les relations avec le débiteur ne constituent pas la véritable cause du cautionnement.

-oooOooo-

(1) voir supra n° 170 733

(2) Civ<sup>1</sup> 1 mars 1972, D1972-; cet arrêt annule pour erreur sur les "motifs déterminants" un cautionnement qui avait été donné alors que le débiteur était déjà en règlement judiciaire, et que le recours de la caution était dès le départ compromis

(3) Civ<sup>1</sup> 30 mai 1978, Bull I n° 207

(4) Capitant; De la cause des obligations, n° 184, p400-402; cette analyse est reprise par M. Mouly, thèse précitée, n° 267

180- On peut suivre le même raisonnement pour les garanties bancaires à première demande, qui sont dérivées du cautionnement. Il nous paraît inadmissible de considérer, comme le fait M. Berlioz (1), que la cause de ces garanties se trouve dans l'obligation du donneur d'ordre d'indemniser la banque émettrice, ainsi que dans le paiement d'une rémunération à la banque. Si c'était le cas, la banque pourrait réclamer le remboursement de ce qu'elle a payé au bénéficiaire de la garantie chaque fois que, lors de son recours, elle se heurterait à l'insolvabilité du donneur d'ordre, ou que celui-ci ne lui verserait pas la rémunération convenue!

Mais, d'une manière plus générale, on doit considérer que la cause des sûretés personnelles non accessoires ne se trouve jamais dans les relations du débiteur et du garant. C'est là, en effet, une conséquence de l'idée de garantie personnelle, et une supériorité de ce type de sûreté sur la garantie réelle qui résulte de la cession ou du nantissement d'une créance. Prenons l'exemple d'un débiteur qui, en garantie de sa dette, cède à son créancier une créance qu'il possède sur un tiers: l'existence et la validité de la créance cédée sont, évidemment, nécessaires à la réalisation du but de garantie; cette créance constitue la cause du lien nouveau qui unit le débiteur cédé au cessionnaire, et il en résulte que le cédé peut opposer toutes les exceptions relatives à son rapport avec le cédant. Dans une garantie personnelle, le garant assume, en revanche, un engagement personnel, direct, autonome par rapport à celui qu'il pouvait, éventuellement, avoir envers le débiteur de la créance garantie. Ainsi dans la délégation - dont la comparaison avec la cession de créance est classique -, il importe peu que le délégué soit ou non débiteur du délégant (2). Encore que cette situation soit fréquente en pratique, le délégué peut accepter de s'engager envers le délégataire pour de tout autres raisons. Ces raisons, éminemment variables, ne sauraient constituer que des motifs de l'engagement; elles ne font pas partie de la cause de l'opération (3). Aussi bien, non seulement le délégué ne pourra jamais refuser de payer en invoquant les exceptions tirées de ses rapports avec le délégué, mais, en outre, il n'a aucun recours contre le délégataire si, postérieurement au paiement, son obligation envers le délégué vient à être annulée ou à s'éteindre. Ce n'est donc pas, là encore, parce que l'engagement du délégué est abstrait, mais parce que sa cause est ailleurs.

-oooOooo-

- (1) Berlioz, art précité, n° 20 à 22
- (2) voir supra n° 85; sur la comparaison de la cession et de la délégation voir Weill-Terré, n° 1062; Carbonnier, n° 127
- (3) dans ce sens Mazeaud- De Juglart, par Chabas, Obligations, n° 1246; contra Larroumet, thèse précitée, n° 237; Raynaud, les contrats ayant pour objet une obligation, cours DEA, Paris II, 1977-78, p 128-129



180bis- Ces conclusions peuvent aussi être appliquées, à notre avis, au mécanisme de la lettre de change qui peut constituer, nous l'avons vu, un mode de garantie personnelle d'une créance (1). Il s'agit là d'un problème complexe, et nous nous contenterons d'avancer ici quelques hypothèses.

On a coutume, dans la doctrine française, de considérer que la cause de la lettre de change se trouve dans la provision, c'est à dire dans la créance du tireur sur le tiré (2). Pourquoi le tireur crée-t-il la lettre? C'est parce qu'il a fourni des marchandises, ou octroyé un crédit au tiré... Pourquoi le tiré accepte-t-il l'effet? C'est parce que c'est un moyen pour lui de rembourser ce crédit ou de payer son fournisseur. La difficulté est que cette créance du tireur n'existe pas toujours : la lettre de change peut être créée, nous l'avons vu, uniquement pour réaliser une opération financière, sans rapport commercial à la base (3). En outre, on sait bien que le tiré accepteur ne peut pas opposer au bénéficiaire les exceptions tirées de ses rapports avec le tireur (article 121 du Code de commerce). Bien sûr, on explique cette inopposabilité par la notion d'acte abstrait : dans les rapports du tiré avec le tiers porteur, l'effet serait détaché de sa cause (4). Cette explication n'est pas très satisfaisante, car dans la logique de la notion d'acte abstrait, la cause devrait à tout le moins, conserver un rôle sur le plan des recours. Or il n'en est rien : le tiré qui a dû payer malgré l'absence de provision, a sans doute un recours contre le tireur, mais non pas contre le bénéficiaire, porteur légitime de la lettre de change. Celui-ci conservera en toute hypothèse le bénéfice du paiement; c'est que personne n'a jamais soutenu que ce porteur se soit enrichi sans cause en recevant le paiement d'une lettre non provisionnée. Il est donc clair que la provision ne constitue pas la cause de la lettre de change - et c'est cela qui explique l'inopposabilité des exceptions.

On nous objectera, sans doute, que dans les rapports entre le tireur et le tiré, le défaut de provision peut justifier un refus de paiement. Comment expliquer cette solution, sinon par l'idée que la provision est la cause de la lettre? Cela n'est pas faux, mais, à notre avis, cela ne contredit pas l'affirmation précédente. La doctrine française fait, classiquement, une distinction entre deux types de rapports : la lettre de change serait un engagement causal

-oooOooo-

- (1) voir supra n° 98 - il n'y a évidemment garantie personnelle que si la lettre de change est acceptée, sinon le bénéficiaire n'a contre le tiré que les droits résultant du transfert de la provision (ce qui suppose que cette provision existe)
- (2) de Juglart-Ippolito, n° 272 ; Ghestin n° 714
- (3) voir supra n° 125 s à propos des effets de cautionnement

dans les relations tireur-tiré, et un engagement abstrait dans les relations avec le tiers porteur. Nous reprendrons cette distinction, mais, selon nous, ce n'est pas seulement le rôle de la cause qui change entre ces deux types de rapports, c'est la nature même de cette cause. Il ne faut pas s'en étonner: la lettre de change n'a pas le même but, la même fonction économique, selon qu'elle circule ou qu'elle reste entre les mains du tireur; il est logique que sa cause soit différente, que les éléments nécessaires à la réalisation du but poursuivi ne soient pas les mêmes. Dans les rapports tireur-tiré, la lettre de change est exclusivement un instrument de recouvrement, elle n'a donc de sens que si le **tireur** est créancier du tiré; et on peut bien dire que la provision est alors la cause de l'effet. Mais, dès que le tireur met la lettre en circulation, elle devient essentiellement un instrument de crédit, ce crédit étant garanti par la signature du tiré. Il devient alors indifférent à la réalisation de ce but que le tireur soit ou non créancier du tiré; l'existence d'une telle créance n'est qu'un des motifs (le plus fréquent) qui conduisent le tireur à choisir ce tiré et celui-ci à accepter l'effet; mais le tiré peut aussi bien accepter l'effet dans le seul but de procurer du crédit au tireur.(1)

Ce qui est alors nécessaire à la réalisation du but de l'opération, c'est uniquement le crédit accordé par le porteur au tireur, et la créance qui en résulte, c'est à dire, non pas la provision mais la valeur fournie (2). Comme dans tous les mécanismes de garantie personnelle, accessoires ou non accessoires, c'est dans les relations du débiteur avec le créancier garanti qu'il faut aller chercher la cause du contrat de garantie.

#### b/ la cause et les relations débiteur-créancier

181- Tous les mécanismes étudiés ont pour but, pour fonction d'assurer le bon déroulement de certaines relations entre un débiteur et un créancier. C'est donc dans ces relations qu'il faut aller chercher la cause du contrat garant-créancier, les éléments nécessaires à la réalisation du but de ce contrat.

Nous employons à dessein l'expression vague de "bon déroulement des relations entre le débiteur et le créancier", parce que les sûretés non accessoires n'ont pas nécessairement pour but de garantir à proprement parler l'exécution d'une obligation du débiteur envers le créancier - et c'est précisément

-oooOooo-

(1) voir supra n° 98

(2) Gavalda-Stoufflet, Droit commercial n° 67 voit dans la valeur fournie la cause de l'engagement du tireur envers le bénéficiaire; c'est, à notre avis, la cause de l'opération juridique dans son ensemble dès lors que le titre circule

ce qui peut les distinguer , du cautionnement d'une part, entre elles d'autre part.

La distinction avec le cautionnement est particulièrement nette pour les sûretés où le caractère non accessoire affecte la contribution à la dette. L'obligation principale ne saurait ici être considérée comme la cause de la garantie, puisque celle-ci a précisément pour but, dans un certain nombre de cas, de protéger le créancier contre la disparition ou la nullité de sa créance (1). Certains éléments n'en sont pas moins nécessaires à la réalisation de ce but, et ces éléments doivent être intégrés dans la cause du contrat : il faut que le créancier (bénéficiaire de la garantie) attende une certaine prestation de la part du débiteur; peu importe que le débiteur soit ou non valablement obligé à cette prestation, mais il faut au moins qu'il l'ait promise au créancier (sinon on ne serait pas en présence d'une sûreté); il faut enfin que l'accomplissement de cette prestation ne soit pas certain, mais aussi, à l'inverse, qu'il soit possible (car autrement l'engagement du garant n'aurait aucun sens) Il faut, en d'autres termes, qu'il y ait un risque de non-accomplissement de la prestation promise au créancier, et c'est ce risque qui constitue la cause de la garantie (2).

Deux remarques doivent préciser cette définition. Tout d'abord, il vaudrait mieux dire que ce risque fait partie de la cause de la garantie; il ne le constitue pas toujours à lui seul. Si la garantie est donnée dans le cadre d'un contrat synallagmatique, moyennant une rémunération versée par le créancier, (cas de l'assurance-crédit), cette rémunération du garant fait également partie de la cause de la garantie (3). D'autre part, le risque peut être, nous l'avons vu, plus ou moins étendu; dans certains cas, par exemple dans l'assurance-crédit interne, il peut se ramener à l'insolvabilité du débiteur, c'est à dire à l'incapacité de ce débiteur à exécuter son obligation. Cette obligation fait alors partie, comme dans une sûreté accessoire, de la cause. Mais ce n'est pas une nécessité structurelle dans le type de sûreté considéré.

182- Il n'en va pas de même dans l'autre catégorie de sûretés non accessoires, celles où la contribution à la dette n'est pas affectée. Le but est en effet ici, comme dans les sûretés accessoires, d'assurer la garantie, ou même, dans la délégation et les mécanismes apparentés, l'exécution d'une obligation du débiteur : l'existence d'une telle obligation est dès lors un élément nécessaire à la réalisation du but contractuel. Ainsi, nous dirons que le crédit

-ooo0ooo-

(1) voir supra n° 59 s

(2) en ce sens pour le "Garantievertrag" en droit allemand Boetius op cit n° 30 s : "Le but de la garantie est de libérer le bénéficiaire de la charge de l'incertitude pesant sur lui".

(3) Simler JCL Civil, Cautionnement fasc A n° 14

documentaire trouve sa cause dans le contrat de vente, ou plus exactement dans l'obligation de payer le prix qui pèse sur l'acheteur . Le paiement au moyen d'une carte de crédit a de même sa cause dans le contrat qui est réglé grâce à la carte. Et où est la cause des garanties bancaires, sinon dans les obligations qui naissent à la charge du donneur d'ordre dans le cadre de l'opération commerciale dont elles visent à assurer le bon déroulement : obligation de passer le contrat pour les garanties à première demande, obligation de l'exécuter correctement pour les garanties de bonne exécution, obligation de restituer les accomptes pour les garanties de restitution (1). Il est remarquable d'ailleurs que dans la pratique, la plupart des lettres de garantie contiennent une référence à cette opération commerciale et aux obligations qui en résultent pour le donneur d'ordre (2).

La jurisprudence française a, à plusieurs reprises, affirmé que la cause des garanties bancaires, fussent-elles à première demande, se trouvait dans le contrat passé entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire . Cette analyse doit être approuvée. Malheureusement, les décisions qui relèvent ce lien causal s'en servent pour limiter l'autonomie de l'engagement, ce qui est beaucoup plus contestable. La clause "à première demande", si elle ne modifie pas la détermination de la cause de la garantie, en réduit, en effet, considérablement le rôle dans les relations entre le garant et le bénéficiaire.

#### B- Le rôle de la cause dans les sûretés personnelles non accessoires

183- On l'aura compris, les mécanismes qui viennent d'être étudiés - crédit documentaire, garanties "à première demande" cartes de crédit -, constituent des exemples typiques d'actes abstraits. Si leur cause est bien, nous venons de le voir, dans les obligations du donneur d'ordre envers le bénéficiaire, le banquier chargé d'effectuer le paiement a renoncé à opposer les exceptions

-oooOooo-

- (1) la doctrine française qui cherche à concilier le caractère causal des garanties avec l'absence de caractère accessoire estime généralement que la cause se trouve dans le contrat commercial de base mais non dans l'obligation du donneur d'ordre (Gavalda-Stoufflet, art précité n° 12). Il n'y a cependant aucun obstacle à considérer que la cause est bien dans l'obligation garantie dès lors que l'on admet, par ailleurs, que le rôle de cette cause peut être conventionnellement limité.
- (2) Gavalda et Stoufflet n° 12 ; Pleyer, art précité n° 6 p 12.

relatives à ces obligations. Mais cette cause n'est pas pour autant absente : elle va réapparaître sur le plan des recours ; nous savons que le bénéficiaire qui s'est fait payer à tort, alors qu'il n'était pas créancier, doit restituer les sommes qu'il a reçues.(1) C'est exactement le mécanisme de l'acte abstrait.(2) Dans toutes les institutions envisagées, ce sont les mêmes intérêts qui justifient l'abstraction : il s'agit d'assurer au créancier la sécurité et la rapidité du paiement. Evidemment, les intérêts du débiteurs peuvent paraître sacrifier, car il y a toujours le risque que le créancier abuse de la situation de force que lui procure l'abstraction, en demandant un paiement auquel il n'a pas droit. Mais il faut songer que, si le débiteur n'acceptait pas ce type d'engagement abstrait, il serait le plus souvent obligé de déboursier immédiatement des liquidités, ce qui le placerait dans une situation plus défavorable encore. On peut être surpris de ce que, dans le crédit documentaire ou dans les cartes de crédit, le banquier doit payer sans pouvoir opposer aucune exception et se retourner ensuite contre son client alors que celui-ci n'est peut-être pas débiteur ; mais la situation aurait été la même pour ce dernier, s'il avait dû payer comptant et que, par la suite, les marchandises achetées ne lui avaient pas été livrées ou s'étaient révélées défectueuses... De même, on sait que les garanties bancaires "à première demande" ont remplacé les dépôts de garantie : or ceux-ci mettaient le bénéficiaire dans une situation de force tout aussi dangereuse pour le débiteur, présentaient en plus l'inconvénient pour ce dernier d'entraîner une immobilisation immédiate de fonds. L'abstraction de la garantie personnelle est donc finalement, un moindre mal pour le débiteur.

184 - Ces considérations sont tout à fait hors de propos pour l'autre catégorie de sûretés personnelles non accessoires, celles qui affectent la contribution à la dette. L'assurance-crédit, la garantie indemnitaire et ses dérivés... ne sont, en effet, en aucune manière des sûretés abstraites. L'impoposabilité des exceptions tenant à l'obligation du débiteur s'explique simplement parce que cette obligation ne fait pas partie de la cause de la garantie. Cette cause se trouve simplement, nous l'avons vu, dans le risque couru, par le bénéficiaire. Ceci étant posé, il est aisé de voir que le contrat n'est nullement détaché de cette cause : l'assureur n'acceptera de payer

-oooOooo-

- (1) voir supra à propos du crédit documentaire n° 111 ; des cartes de crédit n° 115 ; des garanties bancaires n° 137 s.
- (2) Le caractère abstrait des garanties bancaires est admis par la plupart des auteurs allemands : Käser; art précité p 613-614 ; Pleyer, art précité n° 6 ; von Caemmerer, art précité. En France, notre analyse vient de se trouver corroborée par l'opinion exprimée par M. Vasseur dans une note publiée alors que ce texte était déjà rédigée (D 1981-J-482) - adde pour la Belgique : Van Lier, art précité n° 3-5

le créancier que si celui-ci démontre que le risque assuré s'est réalisé ; la responsabilité du garant (porte-fort) ne sera engagée que si le fait promis n'est pas exécuté, la charge de la preuve incombant au bénéficiaire de la garantie. On remarquera en effet que, dans ce type de sûreté, l'obligation du garant présente un caractère subsidiaire accentué (1), qui contraste singulièrement avec l'exécution immédiate et sans discussion qui caractérise les sûretés "abstraites".

On voit déjà, par là, comment le fonctionnement des deux types de sûretés non accessoires peut être différent.

-oooOooo-

(3) voir pour l'assurance-crédit supra n° 22 ; pour la garantie indemnitaire Boetius, thèse précitée p 73.

## TITRE SECON D

-oooOooo-

### LE FONCTIONNEMENT DES SURETES PERSONNELLES

#### NON ACCESSOIRES

184 bis - Toute sûreté personnelle connaît un fonctionnement en deux temps, où l'on retrouve la distinction entre obligation et contribution à la dette. Dans un premier temps, le créancier bénéficiaire de la sûreté va s'adresser au garant pour obtenir de lui l'exécution de l'obligation. Puis le garant, par hypothèse non intéressé à la dette, va se retourner contre le débiteur.

Voyons quelles sont les particularités, dans les sûretés personnelles non accessoires de l'action du créancier contre le garant (CHAPITRE I) puis des recours (CHAPITRE II)

CHAPITRE PREMIER - L' OBLIGATION A LA DETTE :  
L' ACTION DU CREANCIER CONTRE LE GARANT.

185 - La principale manifestation du caractère non accessoire des sûretés personnelles qui font l'objet de notre étude apparaît lors de la mise en oeuvre de la garantie par le bénéficiaire : c'est l'inopposabilité par le garant des exceptions tirées du rapport entre le bénéficiaire et le débiteur - nous dirons, plus simplement, de l'obligation principale - Mais cette règle n'a pas toujours la même portée, car elle n'a pas toujours la même fonction. Et c'est ici qu'apparaît l'intérêt pratique de la distinction que nous avons introduite entre les deux catégories de sûretés personnelles non accessoires. Dans les sûretés où le caractère non accessoire affecte la contribution du garant à la dette, l'inopposabilité des exceptions est une conséquence de l'extension du risque garanti ; elle traduit, au fond, l'aggravation de la charge du garant et elle se modèle en conséquence en fonction de cette aggravation, de cette extension du risque (Section 1). En revanche dans les sûretés non accessoires qui n'affectent pas la contribution à la dette, l'inopposabilité des exceptions apparaît seulement comme un moyen de faciliter la mise en oeuvre de la garantie, sans aggraver, au fond, la charge du garant ; mais ayant une portée plus limitée que dans le premier cas, elle a alors une étendue beaucoup plus générale (Section 2).

SECTION 1 - L'INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS, CONSEQUENCE DE L'EXTENSION DU RISQUE GARANTI.

186 - Dans les sûretés où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette - assurance crédit, garantie indemnitaire - le risque garanti, est plus étendu (ou du moins peut l'être) que dans les sûretés accessoires. Ce qui est garanti, ce n'est pas seulement l'exécution d'une obligation par son débiteur, c'est l'accomplissement d'une prestation par un tiers, que ce tiers y soit ou non personnellement obligé. Ce n'est pas, nous l'avons vu, la créance du bénéficiaire contre le débiteur qui constitue la cause de l'obligation du garant c'est seulement l'attente d'une prestation par le bénéficiaire ou, si l'on veut, le risque de non accomplissement de cette prestation(1). Le garant ne s'oblige pas

-oooOooo-

(1) voir supra n° 170 s



à exécuter l'obligation d'un tiers, il s'oblige à réparer le dommage causé par ce tiers. (1) Il semble donc logique que le garant puisse opposer les exceptions tirées du lien d'obligation unissant le bénéficiaire de la garantie au tiers. L'inopposabilité des exceptions est ici la simple conséquence de l'objet et de la cause spécifiques de la garantie.

187 . La question n'est cependant pas si simple.

Tout d'abord, si le garant ne peut opposer les exceptions tirées du rapport principal d'obligation, il peut en revanche opposer les exceptions qui tiennent à ses propres rapports avec le bénéficiaire, en particulier l'absence de cause de sa propre obligation. La garantie indemnitaire, ou l'assurance-crédit ne sont nullement des contrats abstraits, nous l'avons montré. Or, par ce biais, un lien peut s'établir entre l'obligation du garant et l'obligation principale : certains événements qui affectent l'obligation principale vont en effet affecter du même coup le risque qui constitue la cause de l'engagement du garant.

Par ailleurs, ce risque n'est pas toujours exactement le même. L'assurance ou la garantie indemnitaire sont des contrats à contenu extrêmement variable. Le garant ou l'assureur peut sans doute s'engager à réparer le dommage causé par le non-accomplissement de la prestation promise quelle qu'en soit la raison. Mais, le plus souvent, il n'acceptera de répondre que du non-accomplissement pour certaines raisons déterminées : la COFACE n'accepte de garantir l'importateur ou l'exportateur français que contre certains risques limitativement énumérés et étroitement circonscrits ; la "caution" d'un incapable couvre seulement le risque d'annulation liée à l'incapacité du débiteur principal... Parfois même, le caractère non accessoire n'est qu'une simple virtualité non utilisée en raison de la définition restrictive du risque garanti : ainsi nous avons vu que les assureurs crédit internes ne garantissent que le risque d'insolvabilité du débiteur, à l'exclusion de l'annulation ou de l'extinction de sa dette. Or il est clair que l'étendue de l'inopposabilité des exceptions va dépendre de l'étendue des risques garantis, ou, comme le disent les auteurs allemands à propos du "Garantievertrag" de la détermination des cas d'ouverture de la garantie (Garatiefall(2) La caution d'un incapable pourra opposer toute les exceptions autres

-oooOooo-

) voir supra n° 162

) l'idée est souvent développée en Allemagne à propos du contrat de garantie - voir : Boetius, op. cit., p 73 ; Ennecerus-Lehmann, & 197, II, N° 6.

que celle tirée de l'incapacité du débiteur principal, l'assureur-crédit interne pourra refuser de payer si c'est la nullité ou l'extinction du contrat principal qui justifie le non-paiement du créancier...

L'inopposabilité des exceptions, dans ce premier type de sûretés non accessoires, est donc loin d'avoir une portée absolument générale, et nous allons le vérifier en examinant successivement les exceptions qui sont relatives à la naissance même de l'obligation du débiteur (§1) puis celles qui sont relatives à son existence postérieure (§2)

§1 - Exceptions relatives à la naissance de l'obligation du débiteur.

188 . On suppose que le tiers dont la prestation est garantie ne s'est jamais obligé, ou qu'il s'est obligé mais que son engagement est affecté d'une cause de nullité. Dans quelle mesure le garant peut il opposer l'absence initiale (A) ou la nullité de l'obligation principale (B)

A - Absence initiale de l'obligation principale

189 . Il est certain qu'un engagement non accessoire comme la garantie Indemnitaire ou l'assurance peut être utilisé pour garantir une prestation qui n'a jamais été promise par un tiers, donc qui ne forme l'objet d'aucune obligation. Il suffit de songer ici à l'utilisation traditionnelle en France de la promesse de porte-fort - équivalent de la garantie indemnitaire - Ce qui est promis, c'est précisément que le tiers s'oblige et non pas qu'il exécutera son obligation. Le porte-fort ne saurait donc, évidemment, invoquer pour se dégager l'absence d'obligation principale.(1) Mais, dans ce cas, nous ne sommes pas en présence d'une véritable sûreté. Il n'y a vraiment sûreté que si le garant s'est engagé pour renforcer l'obligation d'un tiers, pour assurer l'exécution d'une prestation promise par un tiers. Or, le garant qui prend un tel engagement et qui découvre par la suite que la prestation garantie n'a jamais été effectivement promise par le tiers, peut, malgré le caractère non accessoire de son engagement, opposer au "créancier" cette absence d'obligation principale pour se dégager. C'est que, dans ce cas, le risque que l'on a voulu garantir n'existe pas ; l'engagement du garant manque donc totalement de cause.

-oooOooo-

1) Boetius, op. cit. p. 74

B - Nullité de l'obligation principale.

190 . Il faut ici être beaucoup plus nuancé et distinguer, selon que l'obligation principale est frappée d'une nullité absolue (a) ou d'une nullité relative (b)

a)- nullité absolue de l'obligation principale.

191 . C'est, on le sait, une nullité qui résulte de la violation d'une règle d'intérêt général (1). Cette violation résulte de l'illicéité ou de l'immoralité soit de l'objet du contrat, soit de sa cause - entendue ici au sens "moderne" de mobiles subjectifs des contractants. Si c'est l'objet de l'obligation principale - c'est à dire la prestation promise au créancier par le débiteur - qui est illicite ou immorale, alors on doit admettre qu'en dépit de son caractère non accessoire, l'obligation du garant se trouve affectée par la nullité de l'obligation principale. C'est qu'en effet dans ce cas l'obligation du garant se trouve elle-même avoir une cause illicite ou immorale, puisqu'elle vise à protéger le créancier contre le risque de non-accomplissement d'une prestation elle-même illicite ou immorale. Le garant peut donc opposer l'exception de nullité. (2) Si en revanche, l'obligation principale est nulle non plus par son objet mais en raison de l'illicéité ou de l'immoralité de sa cause, nous croyons qu'il faut distinguer. Si ce sont les mobiles du débiteur qui sont illicites, cela ne vicie pas l'intérêt du créancier à l'accomplissement de la prestation, et la prestation du garant peut dès lors subsister. (3) Mais si l'illicéité ou l'immoralité affecte les motifs contractuels du créancier, ces mobiles vicient du même coup le contrat passé avec le garant : celui ci peut donc opposer la nullité, au titre des exceptions tirées de ses propres rapports avec le bénéficiaire.

b)-nullité relative de l'obligation principale.

192 . Il y a nullité relative, en droit français, lorsque l'acte juridique viole

-oooOooo-

1) sur la distinction des nullités absolues et des nullités relatives voir : Flour-Aubert n° 236 s ; Ghestin, Obligations, n° 731 s.

2) dans ce sens à propos du contrat de garantie en droit allemand et en droit suisse Bär, op cit, p9 ; Scyboz, op cit p 18 ; Käser, art. précité, p 609 ; Liesecke Rechtsfragen der Bankgarantie, WM 1968 p 22 s.

3) on suppose que le risque d'annulation de l'obligation principale figure parmi les risques garantis.

une règle édictée dans l'intérêt particulier d'une partie : c'est par exemple le cas où le débiteur a été victime d'un vice du consentement, d'une lésion, ou a contracté alors qu'il était incapable. A la différence des précédents, ces vices, n'affectent pas par répercussion l'engagement du garant tenu à titre non accessoire. Cependant, cela ne signifie pas qu'ils soient nécessairement inopposables par le garant : tout dépend de l'étendue de son engagement, de la nature des risques qu'il a accepté de garantir.

1° - Il arrive, nous le savons, que le garant prenne précisément à sa charge le risque d'annulation de l'obligation principale : il ne pourra alors, bien évidemment, invoquer cette annulation pour se soustraire à son engagement. C'est ce qui se produit dans le cas bien connu du "cautionnement" d'un incapable - analysé en France comme une promesse de porte-fort et dans les pays germaniques comme un "contrat de garantie"(1). On sait de même que certaines législations étrangères envisagent le cas de la garantie d'un débiteur victime d'un vice du consentement (par exemple l'article 492 du Code Suisse des obligations) mais cette hypothèse semble avoir beaucoup moins d'intérêt pratique que la précédente. A supposer que le garant ait pris à sa charge le risque d'annulation de l'obligation principale, deux conditions doivent de toute façon être remplies pour que la nullité soit effectivement inopposable. Il faut tout d'abord que le garant ait eu connaissance, au moment de son engagement, du risque d'annulation, c'est à dire de l'incapacité ou du vice du consentement du débiteur principal ; il n'a pu en effet vouloir prendre à sa charge le risque d'annulation s'il a cru que l'obligation était valable. La solution prévue expressément en droit suisse par l'article 498 du Code des obligations, est unanimement admise en France par la doctrine à propos de l'interprétation de l'article 2012 alinéa 2 (2). La seconde condition de l'inopposabilité de l'exception de nullité est que l'annulation n'ait pas été d'ores et déjà certaine au moment de l'engagement

-oooOooo-

(1) voir supra n° 62 s

(2) Mazeaud - de Juglart n° 17 ; Simlen, JCL civil art 2011-2020, fasc B n° ; Jestaz, Enc. Dalloz V° Cautionnement, n° 57

du garant : si le débiteur avait déjà, à l'insu du garant, soulevé la nullité de son engagement, le risque garanti serait déjà réalisé, et l'engagement du garant serait sans cause. (1)

2° - Le garant non accessoire, cependant, n'accepte pas toujours de prendre à sa charge le risque d'annulation de la créance principale. Ainsi, dans l'assurance-crédit internationale, l'assureur qui accepte de couvrir, au delà de l'insolvabilité du débiteur, le risque d'extinction de la créance lié à des événements politiques, économiques ou catastrophiques, n'entend certainement pas être tenu, en revanche, en cas de nullité du contrat entre le créancier et le débiteur. De même le commissionnaire du croire - qui est selon nous un porte-fort ou garant indemnitaire - prend à sa charge le risque de libération du contractant par force majeure, mais personne n'a jamais soutenu qu'il couvrirait également le risque de nullité du contrat passé pour le compte du commettant. (2) Le risque de nullité n'étant pas couvert dans ces hypothèses, l'exception de nullité est certainement opposable par le garant.

192 . Il faut bien voir cependant ce que signifie cette opposabilité. Le garant peut certainement se prévaloir de la nullité une fois que celle-ci a été prononcée à la demande du débiteur principal. Mais le garant peut-il lui-même provoquer la nullité en invoquant l'incapacité, le vice du consentement ou la lésion subie par le débiteur ? S'agissant de causes de nullité relative, il nous semble qu'elles ne peuvent être invoquées que par la ou les personnes que la règle violée a pour but de protéger.(3), c'est à dire par le débiteur principal. La solution doit être à notre avis la même que celle que nous avons soutenue pour la caution.(4) Cependant, l'inopposabilité des exceptions qui résulte ici du caractère relatif, d'intérêt privé, de la nullité, n'a pas du tout le même sens que celle qui résulte de la prise en charge par le garant du risque

-oooOooo-

- (1) si le garant savait que le contrat principal était déjà annulé, alors son engagement n'est pas nul mais c'est un engagement principal et non plus une sûreté
- (2) sauf évidemment si la nullité est due à la faute du commissionnaire, mais c'est alors la responsabilité de droit commun qui s'applique ; ce n'est plus un effet de la clause de du croire.
- (3) Flour Aubert n° 337 s                      Ghestin n° 752 s
- (4) voir supra n° 144 ; la situation du garant qui ne couvre pas le risque d'annulation de l'obligation principale est, sur ce point, identique à celle de la caution qui, par hypothèse, ne garantit pas ce risque.

d'annulation. L'inopposabilité par le garant de l'incapacité, du vice du consentement ou de la lésion est une inopposabilité d'ordre purement procédurale, qui n'affecte pas la contribution à la dette : le garant qui aurait connaissance de la cause de nullité peut remédier à l'impossibilité où il est de l'invoquer personnellement en mettant en cause le débiteur concerné ; et s'il ne le fait pas (ou s'il n'a pas connaissance du vice), et que le débiteur invoque par la suite, lors du recours dirigé contre lui, la nullité de son engagement, le garant aura une action en restitution contre le bénéficiaire de la garantie qui a reçu paiement alors qu'il n'était pas réellement créancier. La situation est la même que celle que nous rencontrerons dans la seconde catégorie de sûretés personnelles non accessoires.(1)

§ 2 - Exceptions relatives à l'existence postérieure de l'obligation principale.

193 . L'hypothèse est ici que l'obligation principale a valablement pris naissance, mais que par la suite elle s'est éteinte, qu'elle a été diminuée dans son montant, ou que son exigibilité a été reportée. Alors que tous ces événements affectent nécessairement l'engagement d'une caution, débiteur accessoire, ils n'ont pas nécessairement d'incidence sur l'obligation indépendante du garant. Mais là encore l'inopposabilité des exceptions est loin d'être totale : il faut distinguer selon que l'existence de la dette est affectée par des événements qui entraînent (A) ou non (B) la satisfaction du créancier.

A - Evénements entraînant la satisfaction du créancier.

. C'est le cas du paiement : le créancier a reçu de son débiteur la prestation que celui-ci lui avait promise. Il est alors bien évident que le garant peut opposer au bénéficiaire cette extinction de la créance (ou sa diminution en cas de paiement partiel). C'est que la garantie, bien que non accessoire, ne peut avoir pour effet de procurer un double paiement à son bénéficiaire. Celui-ci s'enrichirait sans cause au détriment du garant. On peut dire aussi que le paiement du créancier fait disparaître le risque ; le "Garantie fall" ne peut plus se produire et, dès lors, l'obligation du garant doit s'éteindre. (2)

-oooOooo-

(1) voir infra n° 241 s

(2) solution constante dans le droit de l'assurance ; voir spec. pour l'assurance-crédit : Fontaine, op cit, n° 111 ; pour le "Garantievertrag" : Bär, op cit p. 16.

Cette solution vaut quel que soit le mode de paiement : par le débiteur lui-même ou par un tiers délégué, par un transfert de fonds ou par compensation (sauf à se demander, dans ce dernier cas, si le garant peut lui-même opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal. (1))

B - Evènements qui n'entraînent pas la satisfaction du créancier.

194 . L'obligation principale peut se trouver modifiée (a), ou éteinte (b) sans que la satisfaction de l'intérêt du créancier soit réalisée. Quelle est l'incidence de ces événements sur l'obligation du garant ?

a)- modification de l'obligation principale

195 . En principe, dans le droit du cautionnement, toutes les modifications de l'obligation principale se répercutent sur l'obligation de la caution qui peut les invoquer. Il n'en va pas de même dans les garanties non accessoires mais on ne peut pas dire qu'à l'inverse les modifications de l'obligation principale ne se répercutent jamais sur le garant. Tout dépend, là encore, du risque garanti par celui-ci. C'est ainsi que le garant peut dans certains cas se prévaloir des délais qui sont octroyés au débiteur, soit par le créancier lui-même, soit par la loi, soit par le juge. : telle sera la situation de l'assureur-crédit qui ne garantit le créancier que contre l'insolvabilité définitive et dûment constatée du débiteur. En revanche, si le garant s'est engagé à indemniser le créancier en cas de non-paiement à une date déterminée, il devra exécuter son obligation nonobstant les délais octroyés, car le risque garanti s'est réalisé.

b)- extinction de l'obligation principale.

196 . La dette s'éteint, en tout ou en partie, sans avoir été exécutée. C'est le plus souvent contre une telle extinction de la dette,

-oooOooo-

(1) la solution doit être sur ce point identique à celle qui est admise pour le cautionnement . cf art. 1294 C Civ, & 770 I BGB, art. 121 CO qui admettent que la caution peut opposer au créancier la compensation avec ce qu'il doit au débiteur principal.

qui porte atteinte à ses intérêts, que le créancier a voulu se prémunir en contractant une sûreté non accessoire : c'est donc ici le domaine caractéristique de l'inopposabilité des exceptions. Encore faut-il distinguer selon que l'extinction de la dette est due ou non au fait du créancier.

1° - La garantie jouera en principe, sans que le garant puisse opposer l'exception tirée de l'extinction de l'obligation principale, si cette extinction est due à un cas fortuit ou une force majeure. C'est le plus souvent le but même de la garantie que de couvrir le créancier contre de telles éventualités. Nous renvoyons ici à ce que nous avons dit de la couverture des risques politiques, économiques ou catastrophiques dans l'assurance-crédit (1), ou de l'utilisation de la garantie indemnitaire lorsque l'obligation garantie est menacée d'extinction (2). Il est donc bien évident que le garant ou l'assureur ne peut opposer l'extinction de la dette, alors que la garantie ou l'assurance a été précisément prise pour se protéger contre cette extinction.

Deux précisions s'imposent cependant. Il faut d'abord rappeler que l'inopposabilité des cas de force majeure n'est pas un effet systématique des sûretés considérées : nous avons vu, notamment à propos de l'assurance-crédit interne, que cette inopposabilité pouvait être écartée par une définition restrictive du risque garanti. D'autre part, il faut préciser que l'inopposabilité des exceptions ne s'applique qu'aux impossibilités d'exécution survenues postérieurement à la naissance de l'obligation ; si la prestation garantie était impossible, l'engagement du garant n'a pas pu valablement prendre naissance faute de risque à garantir.(3)

2° - Lorsque l'extinction de la dette principale est due, non plus à un cas fortuit ou de force majeure, mais à un fait du créancier, il est certain que le garant non accessoire peut toujours se prévaloir de cette extinction, quelle que soit d'ailleurs l'étendue du risque garanti. Ce risque, en effet, ne peut être laissé à la libre disposition du créancier. C'est ainsi tout d'abord que le créancier qui accorde volontairement une remise de dette - totale ou partielle - à son débiteur ne peut prétendre

-oooOooo-

(1) voir supra n° 27 s.

(2) voir notamment l'arrêt du tribunal fédéral suisse dans l'affaire Gondrand, étudié supra n° 68 s.

(3) dans ce sens : Boetius, Der Garantievertrag, p. 33-34 ; Scyboz, Contrat de garantie et cautionnement, p. 18 qui distingue impossibilité initiale objective et impossibilité initiale subjective.



ensuite être indemnisé par le garant ou par l'assureur pour la perte qu'il a subie. Cette perte est due à son seul fait.

C'est ainsi surtout, que le bénéficiaire de la garantie ou de l'assurance ne sera pas indemnisé si c'est à la suite de l'inexécution de ses propres obligations que le débiteur n'a pas exécuté les siennes. Le garant va pouvoir, pour refuser de payer, opposer soit la résolution du contrat principal, soit l'exception d'inexécution appartenant au débiteur. La doctrine germanique est unanime sur ce point à propos du contrat de garantie et rattache la solution au principe de bonne foi (Treu und Glaube) (1). Mais la solution n'est pas moins certaine dans le cadre de l'assurance-crédit : si la créance assurée est le prix d'une vente et que l'acheteur refuse de payer, non pas parce qu'il est insolvable, mais parce que la chose ne lui a pas été livrée ou était affectée de vices, l'assureur sera fondé à refuser le versement de toute indemnité au vendeur fautif.

Le garant non accessoire va donc devoir vérifier, avant de s'exécuter, que le dommage n'est pas dû à une mauvaise exécution de la part du créancier. Cette vérification risque de retarder le paiement du bénéficiaire ; mais celui-ci ne doit pas être payé si le dommage est en dehors du risque garanti.

On conçoit que, sur ce point, les solutions soient fondamentalement différentes lorsque l'inopposabilité des exceptions n'est pas liée au risque garanti mais a simplement pour but de faciliter la mise en oeuvre de la garantie. C'est ce qui se produit, on le sait, dans la seconde catégorie de sûretés non accessoires.

## SECTION 2 - L'INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS, MOYEN DE FACILITER LA MISE EN OEUVRE DE LA GARANTIE.

197 . Qu'il s'agisse de la délégation, du crédit documentaire, des cartes de crédit, des garanties à première demande, ... nous savons que le garant n'entend prendre à sa charge que le risque d'insolvabilité du débiteur, mais non pas le risque d'absence ou de disparition de la créance. Cela conduirait normalement à lier étroitement le sort de l'obligation du garant à celui de l'obligation principale, donc à permettre au garant d'opposer toutes les exceptions tenant à cette obligation. Mais cela serait très gênant pour le bénéficiaire de la garantie car les contestations que ne manqueraient pas de soulever le garant et le débiteur principal retarderaient son paiement.

-oooOooo-

(1) voir notamment : Boetius, Garantievertrag p.19, 63 à 66 ; Soergel-Siebert, voir & 765 n° 35 ; Bär, op cit, P 15 ; Scyboz p. 21

C'est pourquoi les parties ont convenu d'écarter ou de limiter la possibilité de telles contestations en interdisant au garant de soulever des exceptions tirées du contrat principal. Elles ont conclu, pour reprendre l'expression d'un auteur allemand un "pactum de non petendo" (1bis). Sans doute cela permettra t-il parfois au bénéficiaire d'obtenir un paiement qui ne lui était pas dû, mais cela se réglera par la suite, par le jeu des recours, entre les parties à l'opération garantie.

Il s'agit donc d'une inopposabilité d'ordre procédural, mais pour cette raison même, elle sera généralement plus étendue que l'inopposabilité "de fond" que nous avons rencontrée à propos de la première catégorie de sûretés non accessoires. En effet, pour que la garantie soit vraiment rapide et facile à mettre en oeuvre, il faut que le garant puisse soulever le moins possible d'exceptions.

Cependant cette étendue même de l'inopposabilité des exceptions (§1) va appeler un certain nombre de correctifs (§2).

### § 1 - L'étendue de l'inopposabilité.

198 . Pas plus que pour la première catégorie de sûretés non accessoires, on ne peut poser ici de règles absolument générales. Les parties ont pu vouloir en effet, alléger plus ou moins les conditions de mise en oeuvre de la garantie au profit du bénéficiaire, et l'inopposabilité des exceptions sera, en conséquence, plus ou moins étendue. On peut, de ce point de vue, distinguer selon que la mise en oeuvre de la garantie est ou non subordonnée à la production de documents par le bénéficiaire. Les exceptions opposables sont naturellement plus nombreuses dans les sûretés documentaires (A) que dans les sûretés non documentaires (B).

#### A - Sûretés documentaires.

199 . Il s'agit de toutes les sûretés où le bénéficiaire, pour obtenir la prestation du garant, doit produire certains documents attestant que la situation ouvrant droit à cette prestation s'est réalisée : documents établissant l'expédition des marchandises dans le crédit documentaire, facture signée par le titulaire de la carte de crédit et portant la référence

-oooOooo-

(1 bis) Kleiner, Bankgarantie , p.

de cette carte, sentence arbitrale ou attestation d'expert établissant l'inexécution ou le retard permettant la mise en oeuvre des garanties bancaires dites précisément "documentaires" ou conditionnelles(1).

Dans ces hypothèses, le garant peut en se fondant sur les documents produits, opposer certaines exceptions tirées du rapport créancier-débiteur.

200 - Ces exceptions sont cependant ouvertes d'une manière très limitée, le contrôle que peut exercer le garant est en effet, limité dans son principe à la régularité formelle des documents présentés et à leur conformité avec les stipulations du contrat, La solution, admise depuis longtemps pour le crédit documentaire(2) est également reconnue par la doctrine actuelle à propos des garanties bancaires dites "conditionnelles"(3) Même lorsque l'exécution de ces garanties est subordonnée à la production d'une décision de justice ou d'une sentence arbitrale, M. Vasseur remarque que le banquier ne se comporte pas comme une caution qui exécute le jugement ; celui-ci n'est qu'un document dont le banquier doit seulement vérifier la régularité(4). Le banquier qui a pris un engagement de garantie "conditionnelle", tout comme le banquier émetteur d'un accreditif dans le crédit documentaire ne peut donc opposer que deux types d'exceptions : soit que les documents produits sont formellement irréguliers, soit qu'ils ne sont pas conformes à ceux qui étaient exigés dans l'accreditif ou dans l'engagement de garantie. IL ne peut pas en revanche contester l'exactitude des faits rapportés dans les documents ni, a fortiori, refuser le paiement en se fondant sur des éléments extérieurs aux documents. En ce sens, les mécanismes considérés restent des sûretés non accessoires, abstraites.

201 - Cette abstraction est d'ailleurs plus ou moins poussée suivant la nature et le contenu des documents exigés pour la mise en oeuvre de la garantie. Il existe toute une gamme de situations qui font passer progressivement des sûretés documentaires aux sûretés complètement abstraites.

-oooOooo-

(1) sur ces garanties voir supra n° 433

(2) Stoufflet, thèse précitée, n° 222 s ; l'article 9 des Règles et Usances précise : "Les banques devront examiner soigneusement les documents pour s'assurer qu'il présentent apparemment le caractère de régularité voulu".

(3) Gavalda-Stoufflet, La lettre de garantie internationale, précité n° 14

(4) Rapport au colloque de Tours, précité

Ainsi, le mécanisme du crédit documentaire est beaucoup moins abstrait que celui des cartes de crédit qui obéit pourtant au même schéma général. Les documents produits par le vendeur bénéficiaire d'un crédit documentaire contiennent en effet, des indications sur la quantité et la qualité des marchandises expédiées ; le banquier pourra - et même devra - refuser de payer si ces indications ne sont pas conformes aux clauses du contrat de vente, telles qu'elles sont reproduites dans l'accréditif. De telles exceptions sont fermées à l'organisme émetteur d'une carte de crédit : la facture qui lui est présentée atteste simplement qu'un contrat a été passé entre le titulaire de la carte et le fournisseur ; mais rien n'établit que ce contrat (dont la nature n'est d'ailleurs pas précisée) a été correctement exécuté. De même, dans le cadre des garanties bancaires internationales, une sentence arbitrale ou une décision de justice seront - même si le banquier se borne à en vérifier la régularité formelle - plus significatives des droits du bénéficiaire qu'une attestation d'expert, a fortiori qu'une simple déclaration émanant du bénéficiaire lui-même et affirmant que le contrat principal n'a pas été exécuté. Dans ce dernier cas, du reste, nous sommes fort près d'une sûreté non documentaire .

B - Sûretés non documentaires.

202 . Le cas typique est celui des garanties "à première demande". La mise en oeuvre de ces garanties n'est subordonnée à aucune condition de preuve par le bénéficiaire et même pas, dans le cas extrême, à l'affirmation que le contrat principal n'a pas été exécuté. On comprend que le garant ne puisse ici opposer aucune exception tirée de ce contrat, et on sait que, dans beaucoup d'engagements de garantie, le banquier renonce expressément à ces exceptions. On a voulu, dans ce mécanisme, faciliter au maximum la mise en oeuvre de la garantie par le bénéficiaire. C'est pourquoi l'inopposabilité est ici quasiment totale : la moindre possibilité ouverte au garant de se défendre serait une source de contestations et nuirait à la "liquidité" de la garantie. Le garant ne peut donc opposer ni les exceptions tenant à la validité de l'obligation principale (a) ni celles tenant à son ~~extinction~~ (b).

a - Exceptions tenant à la validité de l'obligation principale.

203 . Le garant doit payer même si le contrat principal est nul, non pas parce qu'il couvre ce risque de nullité, mais parce que la vérification de la validité supposerait un examen attentif des rapports juridiques entre le débiteur et le créancier et empêcherait donc un paiement rapide de ce dernier.

A ce principe, on admet généralement qu'il existe une exception lorsque le contrat principal est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (1). En effet, l'abstraction, si grande soit-elle, ne peut aller contre l'ordre public, et la renonciation à invoquer l'illicéité ou l'immoralité serait elle-même illicite. Cette limite à l'inopposabilité n'a qu'un intérêt pratique très limité, d'autant plus que, pour ce qui concerne les garanties bancaires du commerce international, les auteurs estiment généralement que c'est l'ordre public international qu'il faut prendre en considération et non pas l'ordre public interne du pays du garant.(2) On cite comme exemples la garantie d'un contrat relatif à la traite des blanches, ou au trafic de la drogue. (3) Par ailleurs cette exception ne pourra jouer que si le garant a la possibilité de connaître l'illicéité ou l'immoralité du contrat principal : ceci suppose que son engagement de garantie contienne au moins une référence à ce contrat ; autrement l'opposabilité de l'exception d'ordre public serait purement théorique.

204 . Ce n'est pas seulement, à notre avis, la nullité du contrat principal qui est inopposable (sous réserve de l'ordre public) c'est aussi l'inexistence, l'absence totale de ce contrat. Nous entendons par là le cas où le contrat entre le donneur d'ordre de la garantie et le bénéficiaire n'a jamais été passé.(4) L'hypothèse n'est pas purement théorique : dans la pratique internationale, un même marché donne généralement lieu à l'émission simultanée d'une garantie de soumission et d'une garantie de bonne exécution qui doit prendre le relais de la première lors de la passation du contrat ; or on peut concevoir que le bénéficiaire fasse jouer

-oooOooo-

(1) Vasseur, rapport précité ; Pouillet, article précité n° 29 p.424 ; Van Lier, art précité, 4-1-3- p. 354

(2) Pouillet art précité p. 424

(3) ibid

(4) si le contrat a été passé, il n'y a aucune distinction rationnelle entre nullité et inexistence. cf Flour et Aubert n° 323 note 1

la garantie de bonne exécution, plus avantageuse, alors que le contrat n'a pas encore été passé. Dans une telle hypothèse, le garant ne peut, à notre avis, refuser le paiement. La solution contraire est parfois soutenue (1) au motif que le garant s'est engagé pour couvrir le risque d'inexécution d'un contrat déterminé, que son engagement n'a pas de sens si ce contrat n'est pas passé. Mais, sur le plan pratique, cela supposerait que le garant, avant de payer, se renseigne sur le déroulement de l'opération commerciale d'où, pour le bénéficiaire, des délais de paiement que l'on avait précisément voulu éviter. Sur le plan théorique, d'autre part, on observera que l'étendue de l'inopposabilité des exceptions n'est pas liée ici à celle du risque garanti, s'il est vrai que l'engagement du garant trouve sa cause dans un contrat déterminé, il faut rappeler que le garant a précisément renoncé à se prévaloir de cette cause.

Cela a des conséquences pratiques bien plus importantes en ce qui concerne les exceptions tenant à la modification ou à l'extinction de l'obligation principale.

b - Exceptions tenant à la modification ou à l'extinction de l'obligation principale

205 - 1° - Les solutions applicables en cas de modification de l'obligation principale ont une importance pratique considérable dans le domaine des garanties bancaires internationales. Les modifications les plus fréquentes concernent la durée de l'opération commerciale : le garant "à première demande" qui ne peut opposer aucune exception, est obligé de subir les augmentations de durée bien qu'elles aggravent le risque garanti.(2) Bien entendu, il n'est tenu que dans la limite de la durée de son propre engagement, mais dans la pratique, beaucoup de contrats prévoient la possibilité pour le bénéficiaire de modifier unilatéralement cette durée (3) ; en l'absence d'une telle clause, du reste, le bénéficiaire pourra toujours, en menaçant le garant de faire appel immédiatement à la garantie, l'amener

-oooOooo-

1) Vasseur; rapport précité

2) Pouillet, art. précité n° 27 p. 421 ; Gavalda et Stoufflet, art. précité, n° 19

3) Pouillet, art. précité p. 422 ; Gavalda et Stoufflet n° 22

à consentir à un allongement de délai.(1)

206 . Le garant est également obligé de subir les modifications du contenu des clauses du contrat. M. Poulet, à propos des garanties bancaires du commerce international, donne l'exemple d'un exportateur d'usines "clés en main" qui est amené en cours de contrat, à fournir une usine de capacité supérieure à celle originellement prévue.(2) Là encore, cela entraîne pour le garant, une élévation des risques couverts mais, comme la garantie à première demande ne contient généralement aucune référence aux clauses du contrat garanti, il est exclu que le garant puisse se prévaloir de cette élévation des risques pour se dégager du contrat.(3) Même dans le cas des garanties documentaires ou conditionnelles, du reste, les règles uniformes de la CCI prévoient également que la garantie couvre en principe tout amendement du contrat principal sauf stipulation contraire.(4)

207 . Il faut remarquer que l'inopposabilité des exceptions aboutit ici à un résultat paradoxal : loin de porter atteinte au caractère accessoire de l'obligation du garant, elle conduit en effet à la renforcer. Si une caution peut en principe refuser de subir les modifications de l'obligation principale, ce n'est pas en vertu du caractère accessoire de son engagement ; c'est tout au contraire parce qu'elle n'entend pas que son obligation soit modelée sur celle du débiteur principal, mais qu'elle entend continuer à être tenue aux conditions du contrat originaire. C'est ici le respect de la volonté initiale de la caution qui l'emporte sur le caractère accessoire de son engagement. (5) Dans le cas des garanties à première demande, en revanche, l'inopposabilité des exceptions va conduire à faire supporter par le garant toutes les modifications de l'obligation principale, au lieu de le maintenir dans les termes et conditions de son engagement primitif.

-oooOooo-

(1) la question de la durée de la garantie, que M. Vasseur (rapport Feduci, précité) qualifie "d'irritante", a déjà fait l'objet d'abondants développements doctrinaux. Nous y consacrons ici peu de place car elle nous semble spécifique des garanties bancaires du commerce international et n'a qu'un intérêt limité pour la théorie générale des sûretés non accessoires.

(2) Poulet, art. précité p. 421

(3) ibid p. 422

(4) Art. 7 des Règles uniformes qui met cependant à part les garanties de soumission

(5) voir sur cette question la note de A. Jacquemont sous Civ1, 8février 1977, JCP 1979. II 19095.

208 - 2° - L'inopposabilité des exceptions joue un rôle très différent en cas d'extinction de l'obligation principale : elle aboutit, plus classiquement, à dissocier complètement l'obligation du garant de celle du débiteur principal. Le premier va devoir payer alors que le second n'est plus tenu.

Ce qui est remarquable, c'est que l'inopposabilité des exceptions est ici absolument générale. Elle vaut bien entendu lorsque la dette est éteinte par cas fortuit ou force majeure.(1) Mais elle s'applique également lorsque l'extinction de la dette est liée à une faute du créancier : le garant ne peut opposer à celui-ci la résolution pour inexécution du contrat principal, et, en l'absence de résolution, il ne peut refuser d'exécuter sur le fondement de l'exception non adimpleti contractus (2). C'est même sur ce terrain que l'inopposabilité est la plus utile car l'exception d'inexécution risquerait d'être utilisée à des fins dilatoires et, en toutes hypothèses, le garant devrait se livrer avant de payer à d'assez longues vérifications relatives à l'exécution du contrat principal. C'est, il faut le rappeler ce que la clause "à première demande" a pour but d'éviter, tant dans l'intérêt du garant, que dans celui du bénéficiaire.(3) Et c'est pour la même raison que le garant ne peut pas davantage opposer au bénéficiaire que l'obligation principale a déjà été correctement exécutée, donc qu'elle s'est éteinte par paiement(4) : la vérification par le garant que l'obligation n'a pas déjà été exécutée entraînerait inévitablement des délais de paiement contraires à l'esprit des garanties à première demande.

209 . Sur ce point, la différence apparaît particulièrement éclatante avec la première catégorie de sûretés personnelles non accessoires. Nul n'a jamais soutenu que l'assureur-crédit ou le garant indemnitaire, tenus à titre non accessoire; devraient payer le créancier lorsque l'obligation principale a déjà été exécutée, il est évident en effet, que le créancier ne doit pas être payé deux fois. Il ne doit pas l'être davantage, bien sûr, lorsqu'il bénéficie d'une garantie "à première demande". Cependant, un tel double paiement n'est pas à exclure puisque l'inopposabilité

-oooOooo-

(1) Pouillet, art. précité n° 14 et note 75

(2) ibid note 75 - van Lier, art. précité p. 353, 4-1-2- ; Gavalda - Stoufflet, art. précité n° 12 - en matière de crédit documentaire voir les solutions citées supra n°

(3) voir supra n° 197

(4) sauf si la fraude du bénéficiaire est manifeste, évidente aux yeux du garant, voir infra n° 215



des exceptions est ici absolument générale ; mais alors il devra restituer ce qu'il a indûment perçu.(1) On voit clairement ici que l'inopposabilité des exceptions n'est pas liée à une modification fondamentale des droits du bénéficiaire, mais qu'elle est une inopposabilité d'ordre procédural. On comprend également que, par sa généralité, l'inopposabilité des exceptions peut donner lieu à un certain nombre d'abus - d'où la nécessité de lui apporter certains correctifs.

& 2 - Les correctifs à l'inopposabilité.

210 . Dans la première catégorie de sûretés personnelles non accessoires - assurance-crédit, garantie indemnitaire - l'inopposabilité des exceptions ne réclame aucun correctif : cette règle est en effet la traduction des rapports fondamentaux entre les parties, elle ne peut jouer que dans la mesure exacte du risque assumé par le garant. Dans ce type de sûretés, le paiement du bénéficiaire est, par hypothèse, toujours justifié au sens du contrat. Il n'en va pas de même lorsque l'inopposabilité des exceptions est une simple facilité de mise en oeuvre de la garantie, tout à fait indépendante du risque assumé par le garant. Le bénéficiaire peut alors faire appel à la garantie d'une manière abusive, dans des hypothèses où il n'a aucun droit à obtenir l'exécution de l'obligation du garant - par exemple nous l'avons vu, parce-qu'il a déjà été payé, ou parce que l'inexécution du contrat principal lui est imputable.

Le risque d'abus est évidemment d'autant plus grand que la sûreté considérée est plus complètement abstraite. S'il n'est pas totalement exclus dans les sûretés documentaires, il est limité par l'exigence de régularité formelle et de conformité des documents présentes. En revanche, dans les garanties à première demande, le garant n'a aucun moyen de vérifier que le paiement qui lui est demandé est justifié ; de nombreuses décisions de jurisprudence attestent actuellement que le risque d'abus n'est pas en ce domaine purement théorique.(2)

211 . La doctrine s'est donc efforcée de rechercher un certain nombre

-oooOooo-

(1) sur les recours, voir infra n° 224s.

(2) voir par exemple parmi les décisions récentes de la jurisprudence française : TGi Montluçon 9 janvier 1981, D 1981-d-391, note Vasseur et les autres décisions citées - voir aussi les arrêts anglais étudiés par Pouillet, art. précité n° 38.

de limites du caractère abstrait de l'obligation du garant.(1) Ces limites s'inspirent généralement de celles qui sont reconnues depuis longtemps en matière de crédit documentaire - et on peut y avoir une confirmation de l'appartenance des deux mécanismes à la même catégorie.

L'opinion générale est que le garant - tout comme le banquier émetteur d'un accreditif - ne doit être admis à refuser l'exécution de son obligation que dans des hypothèses exceptionnelles et nettement circonscrites.(2) On risquerait autrement de voir surgir de multiples contestations qui iraient contre l'esprit de la garantie abstraite, contre le "pactum de non petendo" conclu entre les parties. Un souci d'équité conduit cependant à limiter l'obligation du garant lorsque la mise en oeuvre de la garantie (ou du crédit documentaire) est manifestement sans rapport avec le contrat principal qui en constitue la cause.

En pratique, le problème peut se poser dans deux hypothèses assez différentes. Dans certains cas, c'est le garant lui-même qui estime que la demande est injustifiée et qui refusera d'exécuter son obligation.(A) Mais, plus souvent, c'est le débiteur, donneur d'ordre, qui essaiera de l'en empêcher.(B)

A. Le refus d'exécution opposé par le garant.

212 - On connaît bien, en droit, un cas où l'inopposabilité des exceptions se trouve limitée en raison du comportement répréhensible du bénéficiaire : c'est le cas de la mauvaise foi du porteur d'un effet de commerce. On est donc tenté, a priori, de prendre ici le droit cambiaire comme modèle.(a) Mais en réalité, les solutions applicables aux sûretés non accessoires obéissent à des principes très différents.(b)

a/ le modèle du droit cambiaire.

213 - Dans les différents pays qui ont adhéré à la convention de Genève sur la lettre de change, l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport  
fondamental

-oooOooo-

- (1) H. Stumpf, Frequent abuses of contract guarantees and attempts at remedying such abuses, Liber Amicorum F. Eisemann, Paris 1978, 141. Horn, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf ersterAnforden, NJW 1980 p. 2153 et s -
- (2) Kleiner, Bankgarantie, p. 156 s, Pouillet, art. précité n° 29 ; Pleyer, art. précité p. 17 s.

connaît une limite importante, qui se trouve exprimée, en droit français, à l'article 121 du Code de commerce "Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur". On sait que l'expression " agir sciemment au détriment du débiteur" a suscité d'importantes difficultés d'interprétation ; entre l'exigence d'une véritable fraude du bénéficiaire, et celle de sa simple mauvaise foi, la cour de cassation française a choisi une voie médiane : le porteur peut se voir opposer les exceptions par le débiteur s'il a eu conscience au moment de l'acquisition de la lettre de causer un préjudice à celui-ci.(1)

Quoi qu'il en soit, la solution de l'article 121 a été parfois invoquée par la doctrine en matière de crédit documentaire pour justifier, par analogie, le droit pour le banquier de refuser le paiement au vendeur en cas de fraude de celui-ci.(2) Le même texte est évoqué aujourd'hui à propos des garanties bancaires à première demande pour montrer que l'inopposabilité des exceptions ne saurait être un principe absolu.

214 . En réalité, cette solution du droit cambiaire nous semble ici tout à fait hors de propos. La limite qui est posée dans l'article 121 du Code de commerce concerne en effet l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport du tiré avec le tireur - c'est-à-dire, si l'on transpose aux sûretés non accessoires qui nous occupent, du rapport entre le garant et le débiteur, entre le banquier émetteur de l'accréditif et l'acheteur donneur d'ordre. Or ce qui nous intéresse ici, c'est l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport entre le créancier et le débiteur.- à quoi correspond; en droit cambiaire, le rapport tireur- bénéficiaire. La situation est complètement différente dans l'un et l'autre cas - le porteur

-oooOooo-

- 1) Com 26 juin 1956, JCP 1958. II . 9600 note Roblot ; Rev-trim dr. com. 1957; 146 obs. Becqué et Cabrillac ; G.A.J. Com. n° 85 note P. Lagarde ; - sur les solutions en droit comparé voir Roblot , les effets de commerce n° 294
- 2) Friedel, Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable, Etudes Hamel, p. 535 spec p. 551

légitime d'une lettre de change qui en réclame le paiement au tiré accepteur, est tout à fait dans son droit même si le tiré n'a pas reçu provision ; il est véritablement créancier du tiré sur le fondement du titre qui lui a été transmis. Il pourrait même obtenir paiement si, au moment de son action, il savait que le tiré n'était pas débiteur du tireur. C'est seulement s'il le savait au moment de l'acquisition du titre que son action sera repoussée : car alors il a commis une faute en privant consciemment le tiré du droit d'opposer l'exception ; l'opposabilité de l'exception apparaît comme une réparation en nature du préjudice ainsi causé au tiré.

Dans les cas qui nous occupent, en revanche, l'hypothèse de départ est que le bénéficiaire de la garantie n'est pas en droit d'y faire appel, soit parce que la prestation garantie a déjà été exécutée soit parce qu'il a mal exécuté ses propres obligations. Il est donc lui-même le sujet de l'exception et le plus souvent, il en a parfaitement conscience. Admettre, par une fausse analogie avec le droit cambiaire, que la mauvaise foi (au sens de l'article 121 du Code de commerce) du bénéficiaire de la garantie suffit pour permettre au garant d'opposer les exceptions serait paralyser complètement le principe d'inopposabilité et aller directement à l'encontre de son but économique qui est de procurer au bénéficiaire un paiement rapide et sans discussion. Le garant pourrait en effet, dans tous les cas, retarder le paiement en prétendant que le bénéficiaire n'est pas fondé à faire appel à la garantie et qu'il le sait.

C'est donc dans une autre direction qu'il faut aller chercher les solutions applicables aux sûretés personnelles non accessoires.

b/ les solutions applicables aux sûretés personnelles non accessoires

215. Tant en matière de crédit documentaire que dans le domaine des garanties bancaires à première demande, il est généralement admis que le caractère abstrait de l'engagement du banquier doit céder en cas de fraude manifeste du bénéficiaire. (1) La solution, que l'on justifie en

-oooOooo-

(1) pour le crédit documentaire : Stoufflet, thèse précitée n° 391 s et Enc Dalloz Droit commercial, V° Crédit documentaire, n° 109 ; Friedel, art. précité, p. 545, Zahn, Zahlung und Zahlungssicherungen p. 164 ; Wessely, Die Unabhängigkeit - p.181 s- pour les garanties bancaires : Pouillet, article précité n° 29 ; Van Lier, art. précité n° 4-1-3 ; Gavaldà-Stoufflet, art précité n° 17 ; Vasseur, rapport Feduci ; von Caemmerer, p. 303 ; Kleiner, p. 156 s ; Pleyer, p. 18, etc...

France par l'adage " Fraus omnia corrumpit"(1) est généralement rattachée dans les pays germaniques à l'exigence générale de bonne foi dans l'exécution des contrats (Treu und Glauben) (2)

La jurisprudence des différents pays européens a fait plusieurs fois application de ces idées à propos du crédit documentaire. En France, le rôle de la fraude a été reconnu implicitement par un arrêt de la cour de cassation du 4 mars 1954 (3), dans un cas où le vendeur qui s'était engagé à livrer des montres suisses de bonne qualité, avait expédié des articles de pacotilles : l'acheteur avait déposé une plainte pour escroquerie et la cour de cassation avait estimé que, dans ces conditions, il y avait lieu de surseoir à statuer à la demande en paiement du vendeur " nonobstant l'indépendance entre les deux contrats de vente et d'ouverture de crédit". De même, en Allemagne, le Bundesgerichtshof a admis le refus de paiement du vendeur dans un cas où il était avéré que celui-ci avait livré dolosivement des marchandises de mauvaise qualité (4). Des décisions analogues ont été rendues en Suisse (5) et en Grande Bretagne.(6)

La doctrine unanime se prononce pour l'extention de la solution aux garanties bancaires, quel que soit leur degré d'abstraction. Plusieurs décisions étrangères se sont prononcées en ce sens, soit directement (7), soit a contrario en condamnant le banquier à payer au motif que la fraude n'était pas établie.(8)

216 . La notion de fraude parait en effet devoir être entendue de manière assez restrictive.(9) Sans doute n'est-il pas nécessaire que, comme dans l'arrêt de la cour de cassation du 4 mars 1954, le bénéficiaire de l'accréditif ou de la garantie ait commis un délit pénal : l'adage

-oooOooo-

- (1) Stoufflet, thèse n° 392
- (2) voir par exemple : von Caemmerer p. 303 ; Kleiner p. 159 ; Pleyer p. 18
- (3) S 1954 -1-124 note Lescot
- (4) BGH WM 1958, 696 s, BGH 26 juin 1963, WM 1963, 844
- (5) Trib. fed suisse BGE 100 II 145 cité par Kleiner p. 159
- (6) Discount Records Ltd v. Barclays Bank Ltd 1975;1, All E.R 1071
- (7) LG Frankfurt 14 décembre 1979, DPCI 1980, p. 264 obs Dohm
- (8) Edward Owen Ltd v. Barclays Bank (1977) BWLR 764 ; OLG Frankfurt/Main 12 février 1974, WM 1974. 958
- (9) Pouillet, art. précité p. 424 ; M. Vasseur, Rapport Feduci, précité note que les cas de fraude manifeste sont "exceptionnels".

"fraus omnia corrumpit" permet de sanctionner civilement les actes frauduleux, indépendamment de leur qualification pénale.(1) Mais, à lire la plupart des auteurs, il faudrait tout au moins un "abus grave" (2) un "comportement dolosif" de la part du bénéficiaire (3); pour Von Caemmerer, le refus de paiement ne doit être admis que "dans les cas de tromperie volontaire ou de dol dans la mise en oeuvre de la garantie" (bei willkürlicher, betrügerischer oder sonst arglistiger Inanspruchnahme der Garantie)(4) Les exemples les plus souvent donnés sont ceux de la mise en oeuvre d'une garantie alors que le bénéficiaire n'a fourni de son côté aucune prestation ou alors que l'obligation du donneur d'ordre a été correctement exécutée.(5) La notion de fraude ainsi retenue paraît singulièrement plus étroite que celle de "conscience d'agir au détriment du débiteur" qui limite l'inopposabilité des exceptions en matière cambiaire.

217 . On peut penser, cependant, que là n'est pas la différence la plus importante avec la règle du droit cambiaire. En réalité, ce qui est important ici, ce n'est pas le caractère plus ou moins dolosif du comportement du bénéficiaire, la plus ou moins grande gravité de sa faute; c'est uniquement son caractère évident, manifeste aux yeux du banquier. En matière cambiaire, la mauvaise foi du porteur au sens de l'article 121 du Code de commerce peut être prouvée par tous moyens, même au prix d'une atteinte à la rapidité du paiement.(6). Dans les sûretés abstraites, en revanche, si grave que soit l'abus commis par le bénéficiaire, on ne peut pas permettre au banquier de s'en prévaloir si cet abus ne peut pas être immédiatement démontré; ce serait en effet ouvrir la porte à toutes les contestations sur le bien-fondé de la demande en paiement, contestation que l'inopposabilité des exceptions a eu précisément pour but d'éviter. Comme l'écrit fort justement un auteur allemand à propos du crédit documentaire, il faut

-oooOooo-

(1) Stoufflet, thèse précitée n° 392; Lescot, note au S 1954. 1.121.

(2) Horn art précité NJW 1980 p. 2156 III, 3

(3) Kleiner, Bankgarantie, p. 156 s spec p. 159

(4) voir article précité m. 303

(5) Pleyer p. 18; Kleiner p. 159; Vasseur, note au D 1981 p. 392 s.

(6) voir sur ce problème Com 26 juin 1956, JCP 1956. II. 9600. Dans cette affaire, le porteur soutenait que "le tiré, lorsqu'il invoque la mauvaise foi du porteur doit être en mesure de la prouver lors du rejet de paiement de la traite, qu'il ne saurait être suppléé à la carence de cette preuve par une expertise dont le principe même doit être écarté en matière cambiaire". La cour de cassation rejette ce moyen de défense au motif que "s'il appartient au débiteur de rapporter la preuve de la mauvaise foi, ainsi définie du porteur, il est point interdit aux juges, lorsqu'ils estiment insuffisamment éclairés sur les faits invoqués,,, d'ordonner une mesure d'instruction" - voir à ce sujet les observations de M. Roblot dans sa note sous l'arrêt (II, a)

concilier l'exigence de la bonne foi avec le sens et le but de l'engagement du banquier.(1) La demande en paiement ne devra donc être repoussée que si l'abus est évident(2), ou pour reprendre des expressions allemandes significatives, s'il "tient dans la main" (liegt auf der Hand) si le banquier détient une "preuve liquide" de cet abus (liquide Beweis)(3). Dans ce cas, en effet, il n'y a aucune contestation possible et le caractère abstrait de l'engagement du banquier n'a plus de raison d'être.

218 . La jurisprudence applique parfaitement ces principes : les tribunaux déclarent injustifié le refus de paiement chaque fois que l'abus n'est pas suffisamment évident aux yeux du banquier. La jurisprudence anglaise est particulièrement significative sur ce point. Un arrêt de 1958 (British Imex Industrie Ltd V Midland bank Ltd), relatif au crédit documentaire, distinguait déjà nettement la fraude établie susceptible de faire obstacle au paiement et la simple allégation de fraude, sans effet sur l'obligation du banquier (4). Une décision plus récente, rendue à propos d'une garantie à première demande (5), fait application de la même idée : la garantie (performance bond) avait été accordée par la banque au gouvernement lybien qui avait promis de son côté à l'exportateur anglais l'ouverture d'un crédit documentaire ; ce crédit n'avait jamais été ouvert. Les juges anglais, saisis par l'exportateur, déclarent que la banque anglaise doit **néanmoins** payer la garantie car "la fraude alléguée par l'exportateur ne présente aucun caractère d'évidence pour la banque, elle a trait aux seuls rapports contractuels entre l'exportateur et son cocontractant et rien ne prouve que la banque anglaise ait dû en avoir connaissance". L'arrêt est d'autant plus significatif que la fraude imputée au bénéficiaire de la garantie était ici particulièrement grave.(6)

219 . On doit du reste considérer, à notre avis, que le comportement du bénéficiaire de l'engagement abstrait est complètement indifférent pour la question qui nous occupe. Non seulement la fraude du bénéficiaire

-oooOooo-

(1) Etcman, Einwirkungen des Kaufvertragverhältnisses auf die Akkreditiv-verpflichtung der Bank, cité par Pouillet note 163.

(2) Pouillet op. cit p. 424 von Caemmerer p. 303 ; Kleiner p. 159 ; Pleyer p. 18 : le refus de paiement doit être admis "quand la banque sait positivement et peut prouver immédiatement que la garantie est appelée visiblement sans aucun fondement".

(3) Canaris op cit p. 524

(4) 1958; 1, QB, 542

(5) Owen v. Barclays Bank cour d'appel de Londres, 15 juillet 1977, 3 WLR 764 ; voir l'analyse de cet arrêtin : Elland- Goldsmith Performance Bonds in the English Courts, DPCI 1978, 151, Pouillet, art. précité p. 425 s.

(6) Voir aussi : Harbottle Ltd v. National Westminster Bank Ltd (1977) WLR 752 ; en allemande : OLG Frankfurt 12 février 1974, WM 1974, 956.

n'est pas suffisante pour justifier le refus de paiement, mais elle n'est pas non plus nécessaire. Cette affirmation pourra surprendre, mais elle est en accord avec toute la construction des sûretés abstraites. Il faut repartir de l'idée que, lorsque le risque garanti ne s'est pas réalisé, le bénéficiaire de la garantie (ou de l'accréditif) n'a, fondamentalement, aucun droit à se faire payer. Si la banque doit néanmoins le payer, c'est pour des raisons procédurales, parce que les parties ont convenu de faciliter au maximum la mise en oeuvre de la garantie. Mais il serait absurde de maintenir ces facilités de mise en oeuvre si l'absence de droit du bénéficiaire est évidente et cela suffit à justifier alors le refus de paiement, quelle que soit la gravité de la faute du bénéficiaire. Sans doute, si le caractère injustifié de la demande est évident pour la banque, il le sera généralement aussi pour le bénéficiaire, de sorte que la mauvaise foi de ce dernier sera caractérisée. Mais - et la différence est nette, sur ce point encore, avec la situation du porteur cambiaire - ce n'est pas cette mauvaise foi qui exclura son droit à être payé, puisque l'absence de droit est préalable et que la fraude reprochée au bénéficiaire consiste précisément à avoir sciemment demandé le paiement sans y avoir droit. Aussi bien trouve-t-on dans la doctrine certaines définitions de la "fraude manifeste" ou de la "mauvaise foi" du bénéficiaire qui ne font, en réalité, aucune référence au comportement de celui-ci ! Ainsi Käser écrit que le garant peut refuser de payer "si la non-survenance de l'événement dommageable est attestée"(1), de même, pour M. Pouillet, "le garant est autorisé à refuser le paiement s'il résulte des documents ou d'un fait extérieur que, de façon évidente, l'éventualité soumise à garantie ne s'est pas produite.(2)

On va retrouver cette nécessité d'un abus "évident" lorsque c'est le donneur d'ordre qui prétend empêcher le banquier d'exécuter son engagement.

B - L'interdiction d'exécuter émanant du donneur d'ordre.

220 . Il est bien rare, en pratique, que ce soit le banquier qui, spontanément, conteste le droit du bénéficiaire à obtenir le paiement. Le plus

-oooOooo-

(1) Käser, art. précité p. 625-626

(2) op. cit. p. 424



souvent, tant dans le crédit documentaire que dans les garanties bancaires, c'est le débiteur, donneur d'ordre du crédit ou de la garantie, qui va tenter d'empêcher le banquier de s'exécuter. Cela s'explique aisément. D'une part le débiteur, étant partie au contrat principal, est évidemment le mieux placé pour savoir si la demande en paiement est ou non justifiée : il sait qu'il a correctement exécuté ses obligations, et il peut savoir aussi généralement, si son cocontractant a exécuté les siennes. Il connaît donc, mieux que le banquier, les exceptions qui pourraient être opposées à ce cocontractant. D'autre part c'est certainement lui qui a le plus intérêt à faire valoir ces exceptions : le banquier, qui tient à conserver son "standing", surtout dans le domaine des relations commerciales internationales, préfère généralement payer sans discussion, assuré qu'il est de pouvoir récupérer auprès du donneur d'ordre les sommes versées.

Il n'y a pas de difficulté si la demande en paiement adressée au banquier est manifestement abusive. Le donneur d'ordre ne fait alors que signaler au banquier une circonstance qui, à elle seule, aurait interdit au garant de s'exécuter. Mais, en dehors de ce cas exceptionnel, l'intervention du donneur d'ordre peut-elle, en elle-même, faire obstacle à l'exécution du contrat par le garant ?

Il faut distinguer selon que le donneur d'ordre prétend interdire directement le paiement (a), ou que l'interdiction résulte indirectement d'une saisie-arrêt de la créance du bénéficiaire sur le garant (b) ?

a/ l'interdiction directe

193- Le problème se pose surtout à propos des garanties bancaires à première demande. On a vu, ces dernières années, tant en France qu'à l'étranger, un certain nombre de donneurs d'ordre essayer de faire interdire judiciairement le paiement du bénéficiaire en invoquant le caractère abusif de l'appel en garantie. Sur le plan procédural, le donneur d'ordre s'adresse au juge des référés pour obtenir de lui qu'il fasse défense de payer à la banque garante; en Allemagne, cela correspond à la procédure de "einstwillige Verfügung", et en Angleterre, à l'"injonction" (1).

En général, à l'étranger les tribunaux repoussent ce type de demandes (2); mais en France, après quelques décisions dans ce sens (3), un certain

-oooOooo-

(1) voir Pouillet art. précité n° 30 et 33

(2) voir les décisions citées par Pouillet, art précité n° 33

(3) TGI Paris 11 juillet 1980, TGI Montluçon ref 2 avril 1980 et Riom 14 mai 1980, D 1981-336 note Vasseur ; Paris 29 janvier 1981, D 1981-336 note Vasseur, Montluçon 9 janvier 1981, D 1981-390 note Vasseur

'courant jurisprudentiel se dessine actuellement en faveur du donneur d'ordre (1). Ce courant, qui peut s'expliquer par des raisons d'équité, et par une réaction toute naturelle des juges devant la multiplicité de abus auxquels donnent lieu actuellement les garanties, est difficilement défendable sur le plan du droit. Outre qu'elle va visiblement à l'encontre du but des garanties, l'admission de la défense de payer à la demande du donneur d'ordre se heurte à deux obstacles techniques. Tout d'abord elle méconnaît le caractère abstrait des garanties à première demande : il ne sert à rien, comme le font les décisions qui admettent la défense de payer, de relever que le contrat de garantie trouve sa cause dans l'exécution des engagements du fournisseur (donneur d'ordre), et que, si ces engagements ont été exécutés, la cause de la garantie a disparu (2); car précisément, nous le savons, le garant a renoncé à se prévaloir des exceptions relatives à cette cause. Ensuite, l'admission méconnaît également l'autonomie du contrat de garantie par rapport au contrat passé entre le donneur d'ordre et le garant. La banque garante s'engage personnellement, en son nom, envers le bénéficiaire elle n'est pas un simple mandataire du donneur d'ordre et nous avons vu que son engagement ne trouve pas sa cause dans ses relations avec le donneur d'ordre. On ne voit pas, dès lors, en quelle qualité le donneur d'ordre pourrait empêcher l'exécution d'un contrat auquel il est tout à fait extérieur. Sans doute, on sait bien que l'exécution de ce contrat, conclu pour son compte, va se répercuter sur son patrimoine, par le jeu des recours. Mais, si cela explique que le donneur d'ordre ait intérêt à agir, cela ne lui donne pas qualité pour le faire (3).

Il n'en va pas de même lorsque le donneur d'ordre agit, plus indirectement, par la voie de la saisie-arrêt.

b/ l'interdiction indirecte : la saisie-arrêt

194- Ici le donneur d'ordre, en se fondant sur une créance qu'il possède sur le bénéficiaire, prétend saisir-arrêter la créance que ce dernier a contre le garant en vertu du contrat de garantie. Par un moyen très différent, on aboutit au même résultat que par la défense de payer, puisque dès la première phase de la procédure, (exploit de saisie-arrêt), la créance saisie-arrêtée se trouve immobilisée, le tiers saisi (la banque) se voyant interdire de se libérer entre les mains du saisi (le bénéficiaire). Ici la qualité pour

-oooOooo-

- (1) Trib com Paris ref. 24 mars 1981 et 5 mai 1981, D 1981J-482 note Vasseur
- (2) Trib com Paris 24 mars 1981, précité, 2ème espèce - cette ordonnance relève également l'existence d'une fraude du bénéficiaire mais sans en démontrer le caractère manifeste, seul susceptible de faire obstacle au paiement.
- (3) sur la distinction entre intérêt et qualité pour agir voir : Vincent et Guinchard, Procédure civile, 20ème ed, 1981, n°28

de se libérer entre les mains du saisi (le bénéficiaire). Ici la qualité pour agir ne fait aucun doute : le donneur d'ordre ne se fonde pas, en effet, sur ses relations avec le garant, mais sur une créance dont il dispose contre le bénéficiaire. La seule question est de savoir si les conditions de la saisie-arrêt sont réunies.

La difficulté vient de ce que, dans la plupart des cas, le donneur d'ordre n'a pas de créance actuelle contre le bénéficiaire. La seule créance qu'il pourrait invoquer est celle qui résulterait de l'exécution de la garantie, laquelle, si elle était abusive, ferait naître une action en restitution du donneur d'ordre contre le bénéficiaire. On a soulevé l'impossibilité logique d'une telle saisie (1) : comment le donneur d'ordre pourrait-il prétendre saisir la créance du bénéficiaire, alors que, dans le même temps, il soutient que la demande que ce dernier a formée est abusive, c'est à dire que le bénéficiaire n'a pas de créance. L'argument ne nous semble pas déterminant : même si la demande manque de cause, le garant est bien obligé à la dette -c'est précisément l'effet du caractère de la garantie -; on peut donc que le bénéficiaire a une créance contre le garant. Un argument beaucoup plus déterminant contre la validité de la saisie-arrêt nous semble être que la créance cause de la saisie doit être, en droit français tout au moins, certaine, liquide et exigible (2); Certaine, la créance du donneur d'ordre pourrait l'être, au moins dans son principe, si le donneur d'ordre établissait que la demande est abusive. Liquide elle pourrait l'être également, dans la mesure où le juge chargé d'autoriser la saisie-arrêt peut procéder à une évaluation provisoire de la créance. Mais comment la créance du donneur d'ordre sur le bénéficiaire, qui n'est pas encore née, pourrait-elle être exigible, ? Cela seul suffit à faire obstacle à la saisie-arrêt (3).

184bis- Il n'y a en revanche aucune raison de rejeter cette saisie si le donneur d'ordre est titulaire, indépendamment de l'exécution abusive du contrat de garantie, d'une créance actuelle et exigible contre le bénéficiaire.

-oooOooo-

(1) Pouillet, art précité n° 32

(2) Vincent, Voies d'exécution, Précis Dalloz, 1974

(3) la doctrine unanime est dans ce sens, tant en France qu'à l'étranger/

La saisie-arrêt est admise depuis longtemps en matière de crédit documentaire. lorsque l'acheteur se trouve créancier du vendeur à raison des défauts cachés de la chose vendue.(1) Il faut, à notre avis, étendre cette solution aux garanties bancaires lorsque, par exemple, le donneur d'ordre est encore créancier d'une partie du prix des travaux ou des marchandises qui formaient l'objet de l'opération commerciale garantie. C'est d'ailleurs ce qui a **décidé** un jugement du tribunal de commerce de Paris du 13 mai 1980.(2)

Approuvée par MM. Gavalda et Stoufflet (3) cette décision est cependant vivement critiquée par M. Vasseur, pour lequel l'admission de la saisie-arrêt irait à l'encontre du caractère abstrait de la garantie.(4) Cette objection tombe, à notre avis, dès lors que la créance **cause** de la saisie **n'est pas** liée à l'exécution abusive de la garantie ; la mise en oeuvre de la procédure ne suppose pas, en effet, la contestation du bien-fondé de l'appel à la garantie.(5) Or c'est seulement une telle contestation que le caractère **abstrait** de la garantie vise à éviter. L'abstraction vise seulement à faciliter la mise en oeuvre d'une créance, elle ne saurait soustraire, d'une manière générale, cette créance au droit commun des obligations notamment du point de vue de sa saisissabilité.

Le risque de voir **compromettre** l'efficacité des garanties par l'admission de saisie-arrêt paraît d'ailleurs assez limité dans la mesure où il sera exceptionnel que le donneur d'ordre ait, avant la mise en oeuvre de la garantie, une créance certaine, liquide et exigible lui permettant de pratiquer une telle saisie. Aussi bien, le plus souvent, ce n'est qu'au plan des recours que le donneur d'ordre pourra faire valoir ses droits contre le bénéficiaire.

-oooOooo-

- (1) Paris 16 juin 1950, JCP 1950-II-5910 ; Trib com Paris (ref) 5 février 1971, GP 1971-1-378 ; cette solution est approuvée par une partie de la doctrine : cf voir Stoufflet, thèse précitée n° 401 et note JCP 1968-II-15369 ; Beyer; L'irrévocabilité de l'engagement du banquier dans les crédits documentaires irrévocables, th Paris 1953 p 105 - contra : Eisemann et Bontaux, Le crédit documentaire, 1976 p 119 s ; Escarre, Cours de droit commercial n° 1407 ; et la doctrine étrangère citée par Pouillet, art précité n° 31 note 184.
- (2) JCP 1981 ed ci 13552 obs. Vasseur ; D 1980-J-490 note Gavalda et Stoufflet ; Banque 1981 p 778 obs LM. Martin
- (3) note D 1980-J-490
- (4) note précitée ; dans le même sens ; Pouillet n° 32, LM Martin, obs précitées.
- (5) c'est pourquoi la clause par laquelle le donneur d'ordre, dans les instructions qu'il donne au garant, renonce à contester le bien-fondé des paiements effectués par le banquier n'interdit pas, à notre avis, la saisie-arrêt, contrairement à ce que soutient M. Vasseur (note précitée). Nous ne voyons pas d'ailleurs comment une telle renonciation, stipulée dans le contrat qui unit le donneur d'ordre au garant, peut faire obstacle à une procédure dirigée contre le bénéficiaire (qui est tiers à ce contrat).

CHAPITRE SECOND - LA CONTRIBUTION A LA DETTE :  
LES RECOURS.

221 - Le garant qui s'oblige envers le créancier n'entend pas, en principe, supporter définitivement la charge de la dette. Même dans les sûretés personnelles dont le caractère non accessoire affecte la contribution du garant à la dette, cette contribution reste exceptionnelle : elle se limite aux cas où la dette principale est nulle ou éteinte et où le garant a accepté de couvrir ce risque. En général, donc, le garant va disposer d'un recours qui lui permettra de récupérer les sommes qu'il a versées. Ce recours s'exercera normalement à l'encontre du débiteur (Section 1) mais, dans le second type de sûretés non accessoires, il existera aussi parfois un recours contre le bénéficiaire de la sûreté (Section 2).

SECTION 1 - Le recours contre le débiteur.

225 - Dans le droit du cautionnement, la caution a contre le débiteur deux types de recours ; un recours subrogatoire et un recours fondé sur ses relations personnelles avec le débiteur ; (1) Cette dualité de recours, qui est reconnue dans tous les droits européens (2), est particulièrement mise en valeur en droit français, où l'article 2028 du Code civil envisage le recours personnel ("la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur") tandis que l'article 2029 précise que "la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur".

On ne retrouve pas toujours cette dualité de recours dans les sûretés personnelles non accessoires : le recours subrogatoire (§1) ne peut être reconnu que dans une catégorie de ces sûretés ; quant au recours personnel (§2), s'il peut être admis dans toutes les sûretés, son exercice va se trouver parfois affecté par l'absence d'obligation principale.

-oooOooo-

- (1) Mazeaud de Juglart - Chabas n° 325, Weill n° , Simler Jcl Civil, Cautionnement fasc n° 95, Jestaz Enc. Dalloz, V° Cautionnement n°
- (2) voir en Suisse : art. 507 CO al 1 (subrogation) et 3 (recours personnel) - en Italie : art. 1949 (subrogation) et 1950 C Civ (recours personnel) - en Allemagne : § 774 et 775 BGB.

§ 1 - Le recours subrogatoire.

226 - Le principe de la subrogation est le même dans les différents droits européens : est subrogé dans les droits du créancier celui qui paye à ce dernier la dette d'autrui sans intention libérale.(1) Les différents codes subordonnent simplement à des conditions plus ou moins restrictives la subrogation légale, qui se produit de plein droit sans intervention du créancier ni du débiteur (article 1251 du Code civil français, article 110 du Code des obligations suisse, article 1203 du Code civil italien etc...) Mais, quelles que soient ces conditions, le cautionnement est partout considéré comme un domaine d'application privilégié de la subrogation légale. Dans la plupart des codes on trouve une disposition expresse prévoyant que la caution qui a payé est subrogée aux droits du créancier : à côté de l'article 2029 du Code civil français déjà cité, on peut ainsi relever le § 774 du BGB, l'article 507 alinéa 1 du Code des obligations, l'article 1949 du Code civil italien... Dans les différents pays, on s'est demandé si ces dispositions devaient être transposées aux sûretés personnelles non accessoires. La réponse n'est, à notre avis, pas la même, selon que le caractère non accessoire affecte ou n'affecte pas la contribution à la dette. La différence entre les deux types de sûretés est même particulièrement nette sur ce point.

A - Sûretés où le caractère non accessoire affecte la contribution à la dette.

227 - Dans ce type de sûretés - assurance, garantie indemnitaire - il est certain que le garant ne peut en principe être subrogé dans les droits du créancier qu'il a indemnisé. Nous savons en effet que le garant, en payant, ne paie pas la dette du débiteur, il exécute sa propre obligation, de nature indemnitaire. On ne peut donc pas dire qu'il est tenu "pour un autre" au sens de l'article 1251 du Code civil. L'impossibilité de la subrogation apparaît de manière particulièrement nette dans les cas où le garant accepte de couvrir des risques plus étendus que l'insolvabilité du débiteur - à savoir le risque d'annulation ou d'extraction de la dette : dans ce cas, en effet, il accepte d'indemniser son cocontractant alors même qu'il n'a pas de droit contre le "débiteur".

-oooOooo-

(1) J. Mestre, la subrogation personnelle, LGDJ; 1979

228 - L'impossibilité de la subrogation légale est affirmée d'une manière unanime par la doctrine en Allemagne et en Suisse à propos du "Garantievertrag" ou porte-fort.(1) Certains auteurs relèvent que le garant pourrait simplement se faire céder par son cocontractant, le bénéficiaire, les droits dont il dispose contre le débiteur;(2) De même, en France, il était généralement admis que dans l'assurance-crédit, l'assureur n'a pas de recours subrogatoire contre le débiteur puisqu'il n'a fait qu'exécuter l'obligation propre qu'il avait contractée envers le créancier. Nous avons vu que cette solution est maintenant abandonnée, mais elle n'a pu l'être qu'à la suite d'une intervention expresse du législateur.(3) Jusqu'à cette intervention, comme l'écrivent MM. Gavalda et Stoufflet, le "mécanisme était grippé".(4) La subrogation, est en revanche chose normale dans le second type de sûretés personnelles non accessoires.

B - Sûretés où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette.

229 - La situation du garant est ici complètement différente. Il résulte de nos analyses précédentes que la subrogation est possible en principe (a) même si son exercice est parfois paralysé par l'absence de droit du créancier.

a/ principe de la subrogation

230 - Lorsque l'inopposabilité des exceptions est d'ordre purement procédural, elle n'affecte que les relations du garant avec le bénéficiaire.- l'obligation à la dette - sans rien changer au sens profond de l'engagement du garant. Qu'il s'agisse du banquier qui ouvre un crédit documentaire irrévocable, de l'organisme émetteur d'une carte de crédit, de la

-oooOooo-

- (1) Boetius, thèse précitée p. 117, Weber, Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte, ju S 1972, n° 1 p.9 ; Soergel-Siebert vir § 765 n° 36 - en droit suisse : Engel, Traité des obligations, précité n° 96 ; Scyboz, op cit, P.22 - comp. pour l'indemnity en droit anglais : T. Hartley, op cit, n° 115 ; Earl Jowitt, Dictionary of english law, V° Indemnity.
- (2) Boetius op cit p. 117, Weber, art. précité, in fine.
- (3) voir supra n° 29
- (4) Gavalda et Stoufflet, les lettres de garantie internationale précité, n° 28.

banque qui assume un engagement de garantie "à première demande"... il paye toujours pour le compte du débiteur principal.(1) On doit donc ici admettre la subrogation. En droit français, cela résulte de l'application directe de l'article 1251 - 3° relatif à celui qui est tenu "avec d'autres ou pour d'autres"(2); de même, en droit suisse, on peut appliquer l'article 110 alinéa 2 du Code des obligations qui prévoit la subrogation "lorsque le créancier a été prévenu par le débiteur que le tiers qui le paie doit prendre sa place" - ce qui est le cas dans tous les mécanismes considérés. La question est moins simple en droit allemand parce qu'il n'existe pas de texte général relatif à la subrogation ; mais on peut alors appliquer par analogie - au moins pour les garanties bancaires - le § 774 du BGB qui prévoit la subrogation de la caution dans les droits du créancier.

231 - C'est d'ailleurs surtout à propos des garanties bancaires que la question du recours subrogatoire a été posée en doctrine. Pour le crédit documentaire, ou pour les cartes de crédit, les auteurs sans exclure expressément la subrogation, envisagent surtout le recours contractuel de la banque ou de l'organisme émetteur - qui, à dire vrai, présente plus d'intérêt pratique.(3)

Le problème de la subrogation est en revanche vivement débattu en doctrine dans le cadre des garanties bancaires, notamment à première demande. Certains auteurs, surtout en France et en Belgique, excluent la subrogation au motif que la banque assume envers le bénéficiaire de la garantie une obligation propre, complètement distincte de celle du débiteur principal.(4) MM. Gavalda et Stoufflet font, à cet égard, un rapprochement avec l'assurance-crédit dans laquelle la subrogation devrait normalement être exclue.(5)

Cette argumentation procède en réalité d'une confusion entre les garanties bancaires - qui sont, croyons nous, des variantes du cautionnement - et la garantie indemnitaire traditionnelle (notamment sous sa forme allemande

-oooOooo-

(1) voir supra n° 164

(2) équivalent exact dans l'article 1203.3/ du Code civil italien

(3) voir infra n° 235 voir cependant Stoufflet thèse précitée n° 450 qui admet implicitement l'idée de subrogation dans le crédit documentaire.

(4) Gavalda Stoufflet, art. précité n° 28 - Van Lier, les garanties dites à première demande ou abstraites, Journ. des Tribunaux 24 mai 1980 p. 355 n° 4-2 ; De Smet rapport au colloque de Tours sur "les relations entre le donneur d'ordre et le garant" ; Kleiner, Bankgarantie p. 163

(5) Gavalda-Stoufflet art précité n° 28.



du "Garantievertrag) qui est effectivement, très proche de l'assurance.(1) Dans les garanties bancaires actuelles, l'obligation de la banque est sans doute indépendante, ce n'est pas, à notre avis, une obligation propre, distincte de celle du débiteur.

C'est pourquoi il faut approuver la fraction importante de la doctrine qui, notamment en Allemagne, admet que la banque garante est subrogée dans les droits du créancier.(2) On peut citer à cet égard l'argumentation très convaincante du professeur Pleyer(3) : "l'argument (tiré du caractère non accessoire de l'engagement du garant) ne nous convainc pas", écrit cet auteur, "en réalité, la situation économique est ici tout à fait la même que dans le cautionnement : il s'agit d'assurer l'exécution d'une obligation d'autrui (eine fremde Verbindlichkeit soll gesichert werden) , le garant ne veut pas prêter d'une manière définitive, mais seulement pour le compte du donneur d'ordre, auprès duquel il entend ensuite se retourner pour faire rembourser". L'auteur conclut qu'il y a lieu d'appliquer aux garanties bancaires le § 774 du BGB par analogie, sinon même directement.

Encore faut-il, cependant, pour que l'exercice de la subrogation soit possible que le créancier ait bien eu des droits contre le débiteur. Dans les sûretés non accessoires, ce ne sera pas toujours le cas.

#### b/ l'exercice de la subrogation

232 - Nous avons vu que, grâce à l'inopposabilité des exceptions, le bénéficiaire de la sûreté pouvait y faire appel d'une manière abusive. alors qu'il n'est pas en réalité créancier du débiteur. Dans ce cas, le garant ne paie évidemment pas la dette du débiteur, il ne peut pas être subrogé dans des droits dont le créancier n'était pas ou n'était plus titulaire.(4) C'est le cas, par exemple, si le contrat de base avait été résolu, ou si le débiteur avait déjà exécuté la prestation garantie. Cette solution ne remet pas en cause, cependant, le principe de la subrogation dans les sûretés considérées ; c'est simplement l'exercice de la subrogation qui se trouve paralysé dans un cas particulier. Le garant ne peut se subroger faute de droits du bénéficiaire, de même que la

-oooOooo-

(1) voir supra n° 38

(2) von Caemmerer, art. précité, III ; Reindl, Garantieverträge im Handelsverkehr, cité par Pleyer note 138 p. 21 ; Hadding, rapport précité au 7<sup>ème</sup> congrès de juristes germano-italien (1978), qui considère que c'est l'opinion dominante en Allemagne.

(3) Bankgarantie im Zwischenstaatlichen Handel, précité p. 21

(4) Pleyer, art. précité P. 21

caution qui a payé alors que le débiteur ne devait rien ne peut prétendre à aucune subrogation. La différence est que le garant a payé parce qu'il y était obligé, tandis que c'est généralement par négligence que la caution paie une dette nulle ou éteinte. C'est pourquoi alors que la caution perd tous ses recours, (art. 2031 C Civ), le garant ne perd en général que son recours subrogatoire : il conservera en revanche son recours personnel contre le débiteur.

§ 2 - le recours personnel

233 - Ce recours est fondé, en matière de cautionnement, soit sur le contrat qui unissait la caution au débiteur, soit sur la gestion d'affaires ou plus généralement l'enrichissement sans cause du débiteur. On retrouve ces deux types de recours personnels dans les sûretés non accessoires, mais il faut distinguer, pour leur exercice, selon que le débiteur était ou non tenu, au moment où le garant a payé, de la prestation garantie.

A. Le recours contre le débiteur tenu de la prestation garantie.

234 - C'est le cas normal : le débiteur était valablement obligé envers le créancier, s'il n'a pas exécuté son obligation c'est soit par mauvaise volonté soit parce qu'il était insolvable ou avait des difficultés de trésorerie. La situation, du point de vue des recours personnels du garant est alors essentiellement la même que dans le cautionnement, qu'il y ait eu (a) ou non (b) un contrat entre le garant et le débiteur.

a/ recours contractuel

235 - Si le garant s'est engagé en vertu d'un contrat passé avec le débiteur, ce contrat prévoit le plus souvent que le débiteur devra rembourser le garant. Peu importe la nature juridique de ce contrat (1) ; peu importe aussi la nature de la sûreté considérée : qu'il ait payé pour le compte du débiteur (garanties bancaires, crédit documentaire etc..) ou qu'il ait exécuté une obligation propre de nature indemnitaire (assurance, Garantievertrag), cela ne change rien au principe du recours contractuel(2)

-oooOooo-

sur la nature juridique du contrat entre le débiteur et le garant voir supra n° voir par exemple, sur le principe du recours contractuel du garant dans le "Garantievertrag" ou dans le portefort en droit suisse : Bôr op cit p. 16 qui fonde ce recours sur l'art. 402 CO ; Engel, n° 96 ; Scyboz p. 22.

L'existence d'un contrat est cependant plus ou moins fréquente selon le type de sûretés considérées. C'est la règle, nous le savons, dans les sûretés bancaires : la banque s'engage toujours à la demande de son client, le donneur d'ordre, et se ménage toujours un recours contractuel contre celui-ci. Ce recours sera généralement plus avantageux que le recours subrogatoire, car il permet à la banque de réclamer, outre le remboursement de ce qui a été payé, la rémunération du service rendu ainsi que, éventuellement, les intérêts ayant couru depuis le jour du paiement au bénéficiaire. De plus, la banque prendra généralement soin d'assortir son recours de diverses garanties pour se protéger contre l'insolvabilité éventuelle du donneur d'ordre : dépôt d'une partie de la somme, assurance auprès d'une société de caution mutuelle contre-garantie fournie par une autre banque... (1) Il s'agit là de questions trop spécifiques à chaque type de sûreté pour que nous les développiions davantage.

Dans les sûretés non bancaires, l'existence d'un contrat entre le garant et le débiteur sera une hypothèse beaucoup plus rare. Dans la garantie indemnitaire, le garant s'engage fréquemment parce qu'il a un intérêt personnel à l'opération garantie : toute la construction germanique du "Garantievertrag" a été, on le sait, construite à l'origine à partir de cette hypothèse. (2) Quant à l'assurance, elle est généralement souscrite par le créancier, et non par le débiteur ; l'assureur n'a en principe aucune relation contractuelle avec ce dernier. La différence que l'on peut observer ici avec les sûretés bancaires est cependant purement contingente, et n'est pas liée à la distinction fondamentale entre les deux types de sûretés non accessoires.

On retrouve cette distinction, par contre, pour le recours extracontractuel du garant.

b/ recours extracontractuel

236 - En l'absence de contrat, on reconnaît à la caution, dans les différents droits européens, un recours personnel contre le débiteur, fondé sur la gestion d'affaires. (3) La caution, dont l'intervention a profité au débiteur principal, peut lui réclamer le remboursement des sommes qu'elle a versées au créancier (article 1375 du Code civil français, articles

-oooOooo-

(1) cf Pouillet, art. précité n° 35

(2) voir supra n° 35

(3) Mazeaud de Juglart n° 34. Flour, Cours de droit civil, licence 3<sup>ème</sup> année, 1965-1966 Les cours de droit, p. 123 .

422 et 423 du Code des obligations suisse, 683 du BGB). Cette solution peut être transposée sans difficulté aux sûretés personnelles non accessoires n'affectant pas la contribution à la dette, où le garant, en payant, exécute l'obligation même du débiteur, pour le compte de celui-ci. L'application des règles de la gestion d'affaire est plus difficilement admissible pour les sûretés où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette : le garant exécutant alors une obligation propre envers le bénéficiaire, il est difficile de dire qu'il "gère l'affaire" du débiteur.(1) Mais on peut, à tout le moins, fonder alors le recours sur l'enrichissement sans cause : le débiteur se trouve en effet enrichi sans contrepartie si le garant paie le créancier, puisque, même si ce n'est pas à proprement parler la dette du débiteur qui a été payée nous savons que le créancier ne peut lui réclamer une seconde fois le paiement. Encore faut-il cependant que le garant se soit, de son côté, appauvri également sans cause, ce qui ne sera pas toujours le cas : dans la garantie indemnitaire, l'intérêt personnel du garant à l'opération principale peut constituer une cause suffisante de son intervention ; dans l'assurance-crédit, le paiement de l'indemnité d'assurance trouve sa contrepartie dans les primes versées par le créancier assuré. Rappelons en outre que nous raisonnons ici dans l'hypothèse où le débiteur principal était effectivement tenu de la prestation garantie, et qu'il s'est donc enrichi à la suite du paiement fait par le garant. Mais il faut aussi envisager l'hypothèse où le débiteur n'était pas tenu de la prestation garantie.

B - Le recours contre le débiteur non tenu de la prestation garantie.

237 - C'est une situation typique des sûretés personnelles non accessoires ; le garant, tenu à titre indépendant, peut être amené à payer le bénéficiaire dans des hypothèses où le débiteur n'était pas valablement obligé ou ne l'était plus. Nous avons vu que cette situation excluait tout recours subrogatoire ; elle influe également sur le jeu des recours personnels du garant.

-oooOooo-

(1) à propos du Garantievertrag : Boetius, thèse précitée, P.115

Il est certain tout d'abord que le garant qui a payé alors que la dette principale était nulle ou éteinte n'a aucun recours extracontractuel, ni sur le fondement de la gestion d'affaires, ni sur celui de l'enrichissement sans cause, et ceci quel que soit le type de la sûreté considérée. Le paiement n'a pas profité au débiteur : la gestion d'affaire n'a pas été utile. Il n'y a pas d'enrichissement puisque le débiteur n'a été libéré d'aucune obligation.

La question est plus complexe s'il existe un contrat entre le garant et le débiteur. Il faut à nouveau distinguer entre les deux types de sûretés non accessoires.

1°) Dans les sûretés non accessoires affectant la contribution à la dette, le recours contractuel du garant contre le débiteur se trouve certainement exclu si l'obligation principale est nulle ou éteinte. Par hypothèse, si le garant a payé, c'est qu'il avait accepté de couvrir le risque de nullité ou d'extinction de cette obligation. Il ne saurait donc, à l'évidence, se retourner contre le donneur d'ordre. L'article 507 alinéa 6 du Code suisse des obligations exclut ainsi expressément le recours dans le cas du "cautionnement d'un incapable". L'exemple cependant n'est pas très significatif dans la mesure où l'incapacité du débiteur affecte aussi bien le contrat qu'il a passé avec le garant pour lui demander de s'engager à ses côtés. Mais le recours contractuel doit être pareillement exclu lorsque la cause de nullité ou d'extinction affecte uniquement l'obligation garantie - par exemple lorsque cette obligation est éteinte par suite d'un cas de force majeure. Un recours du garant dans ce cas, serait absurde : il aboutirait à faire supporter par le débiteur une dette dont, par hypothèse, il se trouvait libéré.

238 - 2°) Il n'en n'est pas de même dans les sûretés non accessoires n'affectant pas la contribution du garant à la dette. Nul ne conteste que dans le crédit documentaire, les garanties à première demande ou les cartes de crédit, le banquier qui a payé a toujours un recours contractuel contre le débiteur principal même si celui-ci n'était pas ou plus tenu de la dette, même si, donc, la demande en paiement du bénéficiaire était abusive. Le donneur d'ordre ne peut pas plus opposer au garant les exceptions tirées de l'opération commerciale de base, que le garant ne pourrait lui même les opposer au bénéficiaire de la garantie. On peut dire que le contrat passé entre le débiteur et le banquier est lui aussi un contrat abstrait. (1)

-oooOooo-

(1) Hadding rapport précité p. 12 ; Van tier, art. précité p. 356 n° 4 - 2

La solution est tellement certaine qu'elle explique la plupart des litiges qui surgissent actuellement dans le domaine des garanties à première demande : pourquoi le donneur d'ordre essaie-t'il, en cas d'appel injustifié à la garantie, d'empêcher par tous les moyens la banque de payer.(1), sinon parce qu'il sait très bien que de toute façon la banque va se retourner contre lui, alors même qu'il ne doit rien à son contractant ? L'existence d'un recours de la banque dans ce cas a d'ailleurs été affirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 22 juin 1978, l'un des premiers publiés en France en matière de garanties à première demande.(2) Il s'agissait en l'espèce d'une garantie souscrite à l'occasion d'un marché de travaux publics, en application de l'article 144 du Code des Marchés ; la commune bénéficiaire de la garantie y avait d'abord fait appel puis avait annulé son titre de recette, reconnaissant ainsi que l'entrepreneur n'était pas redevable de la somme réclamée. Celui-ci refusait, en conséquence, de rembourser la banque. La cour d'appel rejette, à juste titre, cette prétention : "Considérant que lorsqu'elle a versé la somme à la ville d'Antony, la BNP s'est conformée strictement à la fois aux prescriptions de l'article 144 du Code des Marchés de l'Etat et aux stipulations particulières de l'acte de caution, que la Société B. qui se l'est expressément interdit dans l'acte non daté versé au débat, n'est pas fondée à opposer à la demande de paiement formée par la BNP le fait que la ville d'Antony ait ensuite annulé son titre de recettes, reconnaissant ainsi que celui-ci avait été émis à tort, étant entendu qu'il lui appartiendra de se faire rembourser par le comptable public la somme que ce dernier a indûment perçue".

La même solution s'applique en matière de crédit documentaire, lorsque le vendeur s'est fait payer indûment (par exemple si les marchandises expédiées étaient de mauvaise qualité).(3) De même l'organisme émetteur d'une carte de crédit peut certainement réclamer le remboursement à son client, sans que celui-ci puisse lui opposer les exceptions tirées du contrat qu'il a passé avec le fournisseur(4). Cela est expressément prévu, par exemple, par l'article 5 du contrat-adhérent Carte Bleue.

-oooOooo-

(1) voir supra n° 220 s

(2) D 1979 - J. 259 avec la note de M. Vasseur

(3) le recours n'est exclu que si les documents étaient irréguliers et que le banquier a payé sans réserves.

(4) Chabrier, les cartes de crédit, précité et Enc Dalloz, V° Cartes de crédit n° 24 ; Rodière et Rives-lange, Droit bancaire n° 203.

239 - Ces solutions sont aisément explicables et révèlent bien, une fois de plus, la différence entre les mécanismes considérés et les autres sûretés personnelles non accessoires, qui affectent la contribution à la dette. Ici, nous le savons, le fait que le banquier s'interdise d'opposer au bénéficiaire les exceptions tenant à l'obligation principale, ne signifie pas qu'il accepte de couvrir le risque de nullité ou d'extinction de cette obligation. Il entend donc toujours se ménager un recours contractuel contre son client, le donneur d'ordre et ce recours sera indépendant lui aussi de l'obligation garantie. Ce recours n'aboutit pas - comme dans le cas de l'assurance-crédit ou de la garantie indemnitaire - à des conséquences absurdes pour le donneur d'ordre : si celui-ci doit d'abord rembourser au banquier une somme dont il n'était pas tenu, il aura à son tour, comme le relève la cour de Paris dans l'arrêt cité plus haut, un recours contre son cocontractant qui s'est enrichi sans cause.(1) Il est vrai que le système, parfait en droit, ne fonctionne pas toujours de façon satisfaisante en fait, à cause des difficultés auxquelles le donneur d'ordre va se heurter dans son recours contre le bénéficiaire malhonnête. C'est pourquoi, dans le cadre des garanties à première demande, on a vu se développer en pratique un système d'assurance des donneurs d'ordre contre les risque d'appel abusif à la garantie. Ce risque est couvert en France par la COFACE, en Belgique par l'Office National du Ducroire, en Allemagne, de manière limitée, par la Hermès.(2) En cas d'appel injustifié de la garantie c'est alors la compagnie d'assurance, subrogée dans les droits du donneur d'ordre qu'elle indemnise, qui pourra se retourner contre le bénéficiaire.(3)

240 - En dépit de ce système d'assurance, le recours contre le donneur d'ordre non débiteur présente, pour ce dernier, des inconvénients sérieux. C'est pourquoi ce recours est en général exclu lorsque le garant a commis une faute en payant le bénéficiaire .(4) Ce sera le cas; dans le crédit documentaire, si le banquier a payé alors que les documents

-oooOooo-

- (1) sur le principe de ce recours : v. Gavalda-Stoufflet, art précité n° 32 - von Caemmerer II, 5.
- (2) sur le rôle de l'Office National du Ducroire en Belgique voir Poullet, art précité n° 37 - sur le rôle de la COFACE cf le rapport de Mme Orsini au colloque de Tours.
- (3) M. Poullet relève qu'on ne connaît encore en pratique pas d'exemple d'un tel recours.
- (4) la solution est alors analogue à celle qui est prévue dans le droit du cautionnement par l'article 2031 C Civ (cas de la caution qui paie sans être poursuivie et sans demander l'avis du débiteur alors que celui-ci avait des exceptions à faire valoir).

produits étaient irréguliers : la solution, qui a été consacrée par la cour de cassation française, s'explique par l'idée de réparation en nature du préjudice causé au donneur d'ordre.(1) Elle doit être étendue à toutes les sûretés non accessoires documentaires.

Le garant commet également une faute excluant son recours contre le donneur d'ordre lorsqu'il paye alors que la demande du bénéficiaire est manifestement abusive. La doctrine considère en général que dans ce cas, le banquier a non seulement le droit, mais aussi l'obligation, vis à vis de son client, de refuser le paiement.(2)

La question se pose alors de savoir si le garant privé de son recours contre le débiteur, peut se faire rembourser ce qu'il a payé, à tort, au bénéficiaire.

## SECTION 2 - Le recours contre le bénéficiaire.

- 241 - Il est certain que le garant n'a pas, en général de recours contre le bénéficiaire de la garantie. Même s'il ne parvient pas à récupérer ce qu'il a payé auprès du débiteur, parce que celui-ci est insolvable, le paiement qu'il a effectué est définitif : sinon nous ne serions pas en présence d'une sûreté, qui constitue au moins une garantie du créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur.(3)
- Pour qu'on puisse envisager un recours du garant contre le bénéficiaire, il faut supposer que celui-ci a reçu un paiement qui ne lui était pas dû, que la garantie a été appelée à tort. Il faut observer d'emblée que ce problème ne se pose pas, en principe, dans les sûretés non accessoires qui affectent la contribution à la dette : le bénéficiaire de l'assurance-crédit ou de la garantie indemnitaire peut, sans doute, se faire payer parfois une indemnité par le garant ou l'assureur alors que la créance garantie est nulle ou éteinte. Mais c'est alors parce que le garant ou l'assureur a accepté de supporter ce risque de nullité ou d'extinction en plus du risque d'insolvabilité du débiteur. La sûreté a eu pour effet d'augmenter les droits du créancier ; on ne peut donc pas

-oooOooo-

- (1) voir supra n° 110  
(2) Hadding rapport précité p. 12 - Horn, art. précité ; voir Fier p. 356 - Gavalda-Stoufflet, art précité n° 28  
(3) voir par exemple à propos du crédit documentaire supra n° 102.



dire que le paiement a été fait à tort. On peut sans doute imaginer, dans de telles sûretés que le garant, par erreur, paye le bénéficiaire dans un cas où le risque couvert ne s'est pas produit ; mais alors, cela n'est pas lié au caractère non accessoire de la sûreté et il y a lieu d'appliquer les règles générales relatives au paiement de l'indû (art 1377 et suivants du Code civil, art. 63 du Code Suisse des obligations) ou à l'enrichissement sans cause (§ 812 BGB).

242 - La question du recours contre le bénéficiaire se pose, en revanche, d'une manière spécifique dans les sûretés où la renonciation au caractère accessoire n'affecte pas la contribution à la dette. Dans ce type de sûretés, l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat principal peut en effet avoir pour conséquence de procurer au bénéficiaire un paiement auquel il n'a pas droit : c'est le cas, chaque fois que l'obligation principale est nulle ou éteinte, puisque dans ce type de sûretés, le garant n'accepte pas de couvrir ces risques. Le garant, qui est néanmoins obligé de payer pourra-t'il ensuite demander au bénéficiaire la restitution de l'indû ?

La question n'a qu'une importance pratique assez limitée parce que le plus souvent, le garant - qui est en général une banque - préférera exercer son recours contre le donneur d'ordre. Ce dernier recours est en général plus facile surtout lorsque le bénéficiaire réside à l'étranger, et d'autre part, l'esprit des mécanismes considérés est, on le sait, de refouler dans les relations débiteur-crédancier toutes les contestations qui peuvent surgir à l'occasion de l'opération commerciale de base. Il se peut cependant que la banque ait intérêt à exercer elle-même un recours contre le bénéficiaire parce que son recours contre le débiteur est inefficace. Cette inefficacité peut tenir à des raisons juridiques, parce que le banquier, qui a commis une faute, se trouve privé de son action contre le débiteur. Ce peut-être aussi une inefficacité de fait, due à l'insolvabilité du débiteur. Paradoxalement, la doctrine admet plus facilement le recours contre le bénéficiaire dans le premier cas (§1) que dans le second. (§2)

§1 - Le recours contre le bénéficiaire en cas d'absence d'action contre le débiteur

243 - L'hypothèse est que le caractère injustifié de la demande en paiement était apparent aux yeux du banquier, qui aurait dû en conséquence refuser de payer(1). Le banquier, en payant, a commis une faute et il se

-oooOooo-

(1) voir supra n° 240

trouve déchu de son recours contre son client donneur d'ordre. Le seul moyen pour lui de se faire rembourser est alors de se retourner contre le bénéficiaire qui s'est fait payer indûment.

244 - La question s'est posée à propos du crédit documentaire, lorsque le banquier a payé alors que les documents produits étaient irréguliers. Le principe d'un recours contre le vendeur dans ce cas est vivement discuté. Si quelques auteurs l'admettent, la doctrine s'y montre en général hostile. M. Stoufflet par exemple, estime que le banquier doit être sanctionné car il a manqué à ses obligations en payant le vendeur contrairement aux instructions reçues ou, du moins, en ne procédant pas à des vérifications suffisantes. Il aurait dû, lors du paiement, faire des réserves dont le rôle est précisément d'ouvrir un recours contre le vendeur si le donneur d'ordre ne ratifie pas la réalisation du crédit ; à défaut d'une telle précaution le paiement opéré est définitif. Il convient seulement d'admettre le recours en cas de fraude du bénéficiaire qui a dissimulé l'irrégularité des documents.(1)

Cette argumentation, malgré l'autorité de son auteur en matière de crédit documentaire, ne nous semble pas vraiment convaincante. Il ne faut pas oublier, tout de même, que, par hypothèse, le vendeur a reçu un paiement qui ne lui était pas dû. Or nous ne trouvons ici aucune circonstance, du moins au regard du droit français, qui permette d'exclure l'action en répétition ; en particulier la faute du solvens (le banquier) n'est pas en principe un obstacle à l'action.(2) Du reste, si le banquier a ici commis une faute en payant malgré l'irrégularité des documents, cette faute résulte de la violation des obligations qu'il avait contractées envers son client donneur d'ordre : s'il est tout à fait normal que cette faute soit sanctionnée par la privation du recours contre ce dernier, on ne comprend pas en revanche qu'elle puisse avoir des conséquences sur le terrain des relations de la banque avec le bénéficiaire, lequel n'a subi, bien au contraire, aucun préjudice. Il est vrai que le banquier, en cas d'irrégularité des documents, peut user de la procédure des réserves pour se ménager un recours ; mais cette procédure suppose que le banquier a découvert l'irrégularité et elle n'a de sens que dans cette hypothèse où

-oooOooo-

(1) Stoufflet, thèse précitée, p. 365 ; note au JPC 1970.II.16216

(2) en droit français, la seule condition exigée pour l'action en répétition est l'erreur du solvens ; la faute ne serait une cause d'exclusion de l'action que si le paiement avait été fait à quelqu'un qui était vraiment créancier, mais d'un autre que le solvens : Com. 23 avril 1976, D1977, 562 note Vermelle.

l'action en répétition de l'indû serait normalement exclue faute d'erreur du solvens. Si le banquier n'a découvert l'irrégularité qu'après le paiement, il n'y a aucune raison de lui refuser le recours.(1) La jurisprudence ne s'est pas jusqu'à présent prononcée de manière significative sur cette question.(2)

245 - La solution que nous défendons aurait l'avantage d'être en harmonie avec celle qui est admise en matière de garanties bancaires. La doctrine unanime admet en effet, dans ce domaine, que la banque garante a un recours contre le bénéficiaire lorsque la demande en paiement était manifestement abusive.(3) Le garant, dans ce cas, aurait eu le droit de refuser le paiement : il apparaît normal qu'il puisse demander la restitution de ce qu'il a payé indûment. La situation est pourtant exactement la même qu'en matière de crédit documentaire lorsque les documents sont irréguliers : le banquier avait non seulement le droit, mais aussi le devoir, vis à vis du donneur d'ordre, de refuser le paiement. Or personne ici invoque la faute du garant pour lui refuser son recours contre le bénéficiaire. MM Gavalda et Stoufflet font valoir que le recours est ici justifié parce qu'il y a fraude du bénéficiaire, comme il serait, dans le même cas, en matière de crédit documentaire.(4) Mais en réalité la fraude à laquelle les auteurs font ici allusion recouvre deux notions bien distinctes : en matière de crédit documentaire, la fraude du vendeur est le fait d'avoir dissimulé l'irrégularité des documents présentés (5) ; elle peut donc excuser la faute du banquier qui ne s'est pas rendu compte de cette irrégularité. Dans les garanties bancaires la "fraude" consiste à avoir fait appel à la garantie alors que les conditions d'ouverture n'étaient manifestement pas réunies (6) ; loin d'excuser la faute du banquier, cette circonstance la caractérise car, devant l'évidence de l'abus, le banquier aurait dû refuser de payer. Si donc on admet le recours du banquier dans ce cas, on doit aussi l'admettre en matière de crédit documentaire. On pourrait aussi transposer la solution aux cartes de crédit,

-oooOooo-

- (1) dans ce sens Epschtein-Bontaux, Sécurité et précarité du crédit documentaire, p. 188
- (2) comme le reconnaît lui-même M. Stoufflet Enc Dalloz, précité, n° 119 ; cf Com 3 juin 1957 ; Bull civ III n° 180.
- (3) Gavalda et Stoufflet, article précité n° 30. Pouillet, art précité n° 38 ; Pleyer, art. précité p. 18 ; Schinnerer, Bankverträge, p. 248.
- (4) art. précité n° 30
- (5) Stoufflet, thèse précitée n° 451
- (6) voir supra n° 215 s

lorsque l'organisme émetteur a payé sur présentation d'une facture irrégulière (par exemple non signée par le titulaire de la carte).

Ce recours, d'ailleurs, ne doit pas être selon nous réservé au cas où le banquier n'a pas juridiquement d'action contre le débiteur. Il faut aussi le reconnaître lorsque cette action est, en fait, inefficace par suite de l'insolvabilité du débiteur.

§2 - Le recours contre le bénéficiaire en cas d'insolvabilité du débiteur.

246 - On suppose ici que la demande en paiement du bénéficiaire était injustifiée mais que l'abus n'était pas manifeste ou que les documents présentés étaient formellement réguliers. La solution semble de prime abord s'imposer: si l'on admet le recours lorsque l'abus était évident, il faut a fortiori l'admettre lorsqu'il ne l'était pas et que le caractère injustifié de la demande s'est seulement révélé après le paiement. En effet dans le premier cas, le garant avait la possibilité - et même l'obligation - de refuser le paiement ; dans le cas qui nous intéresse à présent, il était obligé de payer le bénéficiaire puisqu'il ne pouvait lui opposer aucune exception. Il est donc d'autant plus légitime de lui reconnaître un recours sur le fondement du paiement de l'indû ou de l'enrichissement sans cause.

247 - On pourra s'étonner, dès lors, que le recours du banquier contre le bénéficiaire soit ici reconnu beaucoup plus difficilement que dans l'hypothèse précédente. Ainsi, dans le domaine des garanties à premières demandes, beaucoup d'auteurs n'admettent pas le recours hors le cas exceptionnel, de fraude manifeste du bénéficiaire.(1)

Cette distinction ne nous semble pas rationnelle. Elle repose sur l'idée qu'en l'absence d'abus manifeste, il n'y a pas vraiment paiement de l'indû car le garant était obligé d'accomplir la prestation. Ainsi Pleyer écrit : "puisque l'obligation de garantie est également valable dans les cas où la créance à garantir n'existe pas, un droit de recours général fondé sur l'absence de cause serait en contradiction avec le contenu de la garantie"(2) Mais en réalité la validité de l'obligation du garant en l'absence d'obligation principale ne doit pas faire illusion : le bénéficiaire, s'il n'est pas créancier, n'aurait jamais dû demander l'exécution de la garantie ; s'il le fait, c'est à tort. Comme l'écrivent deux auteurs ;

-oooOooo-

(1) Gavalda et Stoufflet, op cit n° 30 ; Pouillet, op cit n° 39 ; Von Caemmerer, II, 3 ; Pleyer, p. 19-20  
(2) Pleyer, op et loc cit

pourtant hostiles au recours "il y a perception illégitime de la garantie dès lors que fait défaut l'obligation pour l'exécution de laquelle la garantie avait été émise"(1) Il y a donc bien, en définitive, paiement de l'indu dans une telle hypothèse.

248 - Personne ne conteste, d'ailleurs, que le bénéficiaire qui a reçu un paiement alors qu'il n'était pas créancier doive le restituer. La seule question est de savoir à qui il doit rembourser : au donneur d'ordre ou au garant ? Les auteurs hostiles au recours direct du garant font valoir qu'il est contraire à l'esprit de la garantie, car tous les différents entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire doivent normalement être réglés en dehors de la banque.(2) Par ailleurs, écrivent MM Gavalda et Stoufflet; "si la réalisation de la garantie ne peut être paralysée par la preuve de l'absence de créance du bénéficiaire sur le donneur d'ordre, comment justifier un recours dans la même hypothèse ? (3)  
Nous répondrons que la situation est complètement différente avant et après le paiement : a priori, le garant ne pouvait opposer aucune exception car il fallait assurer la satisfaction immédiate du bénéficiaire, sans que la "liquidité" de la sûreté puisse être compromise par des contestations ou des demandes de vérification. Mais, une fois que le bénéficiaire est en possession des sommes garanties, l'inopposabilité des exceptions a atteint son but, il n'y a aucune raison de la maintenir sur le plan de la contribution à la dette. Sans doute est-il alors, le plus souvent, dans l'intérêt du banquier de se retourner plutôt contre le donneur d'ordre et de le laisser ensuite se "débrouiller"avec son cocontractant. Mais si le donneur d'ordre est insolvable et que le banquier n'a que le moyen d'agir contre le bénéficiaire, il n'y a aucune raison de le lui refuser.

249 - Cette opinion avait été autrefois soutenue avec force en Allemagne par Zahn, l'un des premiers auteurs à s'intéresser aux garanties à première demande.(4) Zahn estimait que l'expression "à première demande" était à prendre seulement dans un sens procédural, (verfahrensrechtlich) et non pas "matériel" ; la banque, après avoir payé, aurait donc un recours contre

-oooOooo-

(1) Gavalda-Stoufflet n° 31 ; voir aussi, très net, von Caemmerer, p. 299

(2) Pouillet op cit n° 39 et les auteurs cités note 219.

(3) op et loc cit ; comp. l'argumentation analogue de M. Simler à propos de la délégation : admettre le recours (lorsque la créance du délégataire contre le délégant était nulle ou éteinte) "serait réintroduire sous une forme déguisée, l'opposabilité de certaines exceptions. Car à quoi bon obliger le délégué à payer pour lui permettre d'agir ensuite en répétition?" (JCL Civil art. 1271-1281 n° 129)

(4) Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 1959, p. 171 s.

le bénéficiaire au cas où le "Garantiefall" ne se serait pas produit. Cette opinion avait d'abord rencontré peu de succès et Von Caemmerer, dans son article fondamental sur les garanties bancaires publié en 1964 avait même jugé qu'elle était inadmissible.(1) Or il est remarquable que, depuis quelques années, on voit à nouveau se développer dans la doctrine allemande la thèse du paiement sous réserve de recours.(2) Il est encore plus remarquable que le Bundesgerichtshof, dans son arrêt du 2 mai 1979 déjà cité (3), ait consacré cette thèse à propos d'un cautionnement bancaire "à première demande" : selon la cour suprême allemande, la renonciation aux exceptions, dans un tel contrat, avait pour but " d'assurer au demandeur (le bénéficiaire) des liquidités immédiatement (sofort liquide Mittel), les exceptions contre l'obligation de la question devant seulement être mises en oeuvre lors d'une action récursoire fondée sur le § 812 BGB. L'arrêt s'appuie, il est vrai, sur le fait que le contrat en l'espèce était un cautionnement et non une garantie, malgré la clause "à première demande" ; il était alors plus facile de considérer que la renonciation de la caution au caractère accessoire avait un caractère purement procédural. Mais nous pensons avoir montré que toutes les garanties bancaires, quelle que soit leur application dans le contrat, sont en réalité des variantes du cautionnement.(4) Le professeur Horn, qui commente l'arrêt du Bundesgerichtshof, estime d'ailleurs qu'il faut étendre le principe du recours contre le bénéficiaire à toutes les garanties bancaire .(5) C'est selon nous, à toutes les sûretés personnelles où le caractère non accessoire n'affecte pas la contribution à la dette qu'il faut l'étendre.(6)

-oooOooo-

- (1) article précité p 302 - il est à noter cependant que Auhagen, dans sa thèse précitée sur les garanties à première demande ne suit pas sur ce point l'opinion de son maître von Caemmerer. (cité par Käser, art précité p 628)
- (2) Horn, article précité p 2158-2159 ; Hadding, rapport précité p 10
- (3) BGB 2 mai 1979, NJW 1979, 1500
- (4) voir supra n° 141 s.
- (5) op et loc cit
- (6) sur le problème du recours de l'émetteur contre le fournisseur en matière de cartes de crédit, voir : Böttger, Zur nechtlichen Beurteilung des Kreditkartenverfahrens, précité, p 28.

C O N C L U S I O N -

- Au terme de cette étude, on peut être tenté de dresser un contrat d'échec : il n'est guère possible, au fond de construire une théorie générale des sûretés personnelles non accessoires, tant sont dissemblables les deux types d'institutions que nous avons regroupées sous cet intitulé. Tout opposé, finalement, les sûretés où l'absence de caractère accessoire affecte la contribution à la dette, à celles où cette absence touche seulement les conditions de mise en oeuvre de l'obligation du garant. Les deux types de sûretés n'ont pas la même fonction économique, donc pas la même cause et, à partir de là, leur fonctionnement présente d'importantes différences, non seulement, comme on pouvait s'y attendre sur le plan des recours mais aussi quant à l'obligation du garant envers le bénéficiaire : l'inopposabilité des exceptions qui est le point commun entre les divers mécanismes étudiés, n'a en réalité pas du tout la même portée selon que l'on envisage les sûretés de l'une ou de l'autre catégorie.

Mais si cette différence est claire à la fin de nos développements - du moins nous l'espérons - elle était loin de l'être au début. Et si le regroupement que nous avons fait à partir de mécanismes aussi différents que l'assurance-crédit, la délégation, les effets de commerce, les garanties bancaires "à première demande"...peut apparaître, a posteriori, quelque peu artificiel, il imposait au départ, non seulement parce que ces divers mécanismes sont souvent entremêlés dans la pratique, mais aussi parce qu'ils sont habituellement rapprochés, et, pour certains d'entre eux, confondus par la doctrine. Notre ambition était d'introduire, dans cet ensemble touffu un peu de clarté.

- Chemin faisant, les sûretés personnelles non accessoires nous ont amené à nous interroger sur un certain nombre de notions générales mal élucidées. C'est ainsi que nous avons dû prendre parti sur la cause des sûretés personnelles non accessoires, et sur la notion d'acte abstrait. Dans le cadre limité de cette étude, nous avons dû nous contenter d'émettre quelques hypothèses ; mais il nous semble que les sûretés personnelles non accessoires ; notamment en raison du rôle qu'elles font jouer au principe d'abstraction, sont susceptibles d'apporter un éclairage nouveau sur ces questions contreversées. De même, il nous semble que les sûretés non accessoires jouent en quelque sorte un rôle de révélateur de la notion générale de sûreté. Si en effet, les

sûretés où l'absence de caractère accessoire n'affectent pas la contribution à la dette entrent tout à fait dans le cadre classique des sûretés - garanties contre l'insolvabilité du débiteur - les mécanismes comme l'assurance-crédit, ou la garantie indemnitaire apparaissent à la limite de ce cadre, classique, puisqu'elles garantissent le créancier non seulement contre l'inexécution d'une créance mais aussi contre l'absence ou la disparition de cette créance. La notion de sûreté, telle qu'elle est habituellement définie, n'est elle pas dès lors trop étroite ?



## B I B L I O G R A P H I E

-oooOooo-

NB - Seuls sont répertoriés ici les ouvrages articles ou notes contenant des développements relatifs à une ou plusieurs des institutions étudiées. Les travaux utilisés à l'occasion de telle ou telle démonstration plus générale sont référencés dans les notes en bas de page.

-oooOooo-

F R A N C E -

### I- OUVRAGES GENERAUX

AUBRY et RAU, Droit civil français 7<sup>e</sup> ed, tVI par A. PONSARD et N. DEJEAN DE LA BATIE

BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, 2<sup>e</sup>me ed, t IX avec la collaboration de G. LAGARDE et R. PERROT

CARBONNIER (J) , Droit civil t 4, Les obligations, 10<sup>e</sup>me ed, 1979

FLOUR (J). Cours de droit civil, licence 1965-1966 ( Les sûretés, la publicité foncière). Les cours de droit

GAVALDA (C) et STOUFFLET (J)

- Droit commercial, t II, Chèques et effets de commerce. Thémis, 1<sup>ère</sup> ed 197
- Droit de la banque, coll Thémis, 1<sup>ère</sup> ed, 1974

CHESTIN (J). Traité de droit civil, t II, Les obligations. le contrat, LGDJ, 1980

de JUGLART (M) et IPPOLITO (B) Traité de droit commercial, ed Montchrestien, 4<sup>er</sup> vol. t 2, Effets de commerce et chèques, 1977 4<sup>e</sup>me vol Banques et Bourse, 1979

MARTY (C) et RAYNAUD (P), Droit civil, tIII 1<sup>er</sup> vol, Les obligations, 1962 Les sûretés, la publicité foncière, 1971, tIII 1<sup>er</sup> vol

MAZEAU (H.L et J) , Leçons de droit civil, t 2 1<sup>er</sup> vol, Obligations 6<sup>e</sup>me ed par F. CHABAS, 1978, t 3, 1<sup>er</sup> vol

Sûretés, publicité foncière 5<sup>e</sup>me ed par F. CHABAS, 1977

PLANIOL (M) et RIPERT (G), Traité pratique de droit civil français, 2<sup>e</sup>me ed, t VI, Obligations 1<sup>ère</sup> partie par P. ESMEIN

-oooOooo-

RIPERT (G) et ROBLOT (R). Traité élémentaire de droit commercial par R. ROBLOT  
t1 10e ed, 1980, t 2 9e ed 1981

RODIERE (R). Droit commercial, Effets de commerce, contrats commerciaux, fail-  
lites, Précis DALLOZ, 8 ed ; 1978 par R. RODIERE et B. OPPETIT

RODIERE (R) et RIVES-LANGE ( ). Droit bancaire, Précis DALLOZ, 3ème ed, 1980

STARCK (B); Droit civil, Obligations, 1972

WEILL (A). Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière, Précis DALLOZ 1979

WEILL (A) et TERRE (F); Droit civil, Les obligations, Précis DALLOZ. 1975

## II- OUVRAGES SPECIAUX

BONTOUX (P), Le crédit documentaire, moyen de paiement et de financement, 1970

BOUDINOT (A), Pratique du crédit documentaire, 1979,

CALAIS-AULOY (J). Essai sur la notion d'apparence en droit commercial,  
LGDJ 1961

CHABRIER (P.G). Les cartes de crédit, 1968

DENIS-LINTON (M). L'assurance-crédit en droit interne, thèse, Paris I, 1978

EISEMANN; Le crédit documentaire dans le droit et dans la pratique, Paris 1963

EPSCHTEIN (S) et BONTOUX (P), Sécurité et précarité du crédit documentaire, 196

GAVALDA (C). Les cartes de paiement, Economica, 1980

GEISENBERGER (B), L'aval des effets de commerce, LGDJ 1954

GOUBEAUX (G). La règle de l'accessoire en droit privé. Etude sur la maxime  
"Accessorium sequitur principale", LGDJ 1969

GROSS (B) La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats.  
LGDJ 1964 préface de D. TALLON

HUBERT (F) Essai d'une thèse générale de la délégation. thèse. Poitiers 1899

IARROUMET (C). Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé,  
thèse, Bordeaux. 1968

MESTRE (J) La subrogation personnelle. LGDJ 1979

MOULY (C) Les causes d'extinction du cautionnement préface de M CABULLAC,  
Librairies Techniques, 1980

RAYNAUD (P). Les contrats ayant pour objet une obligation, cours D.E.A,  
Paris II, 1977-78

RIEG (A), Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français  
et allemand, LGDJ 1961

GAVALDA (C) et STOUFFLET (J), La lettre de garantie internationale, Rev. trim. dr. com. 1980 p 1 / note D 1980-J-488

GORE (F), Le commissionnaire ducroire, Etudes de droit commercial sous la direction de J. HAMEL, DALLOZ, 1949 p 281

GOTZBACH ( ), Aspects internationaux de l'assurance-crédit à l'exportation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, Rev. gen. ass. terr. 1973, p 276

HAMEL (J), Les formes internationales du crédit bancaire, Rec. cours de l'Académie de La Haye, 1935, vol 51 p 269

HEMARD (J), Les sûretés personnelles en Europe occidentale au XIXe et au XXe siècle. in les sûretés personnelles, Recueil de la société Jean BORDIN, t 30

JESTAZ (P), Encyclopédie DALLOZ et Droit civil, 2 ème ed, V° Cautionnement, 1970

KOPELMANAS (L); Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution des contrats internationaux de fournitures d'installations industrielles complètes, Festschrift für J. Bärmann, München 1975 p 553

LESGUILLONS (H), rapport au colloque de Tours " Les garanties bancaires dans les **contrats** internationaux"

LAFOURNIERE Les "chèques-cartes", Banque, février 1967

MALAUURIE (P), note D 1973-753

MARTIN LM, observations à la Revue Banque 1976, 1037  
1981, 778

MATTOUT (J P), La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long termes, Banque 1977, 419 s.

MONTOUR-ROUSSY (N), La situation juridique ambiguë du donneur d'aval, D 1974 chr 197.

PERCEROU (R). La nature juridique de l'assurance-crédit, contrat d'assurance ou contrat de crédit, Rev. gen. ass. terr. 1970 p 350

PONSARD (A), JCL Civil, article 1120, Promesse de porte-fort

REMOND-GOUILLOUD (M), L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, JCP 1977-I-2850

RIEG (A) Encyclopédie DALLOZ, Droit civil, 2 ème ed, V° Délégation, 1971

SIMLER (P), JCL Droit civil, art 2011 à 2039, Cautionnement. 5 fascicules. 1973-1974

JCL Droit civil, art 1271, Délégation, 1978

ROBLOT (R), Les effets de commerce, Sirey, 1975

SCHLOSSER M et TARDY G, les cartes de crédit, 1971

SIGALAS (P.A), Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire, thèse, Aix, 1959 (dact)

STOUFFLET (J), Le crédit documentaire, Etude juridique d'un instrument financier du commerce international, Librairies techniques, 1957

WATTIEZ ( J.P), Le cautionnement bancaire, Sirey, 1964

### III- ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES DE JURISPRUDENCE

BENABENT (A) JCL Droit commercial art. 94-95, Commission, fax I, 1979

BESSON (A) note DC 1944-81

BERLIOZ (G), Les garanties dans les relations économiques internationales.  
JCP ed Ci 13324

BIGOT (J) Encyclopédie DALLOZ Droit commercial, V° Assurance-crédit, 1972

BOUDINOT (A), Le crédit documentaire revocable et sa portée juridique, Banque,  
1972 p 595

La fonction économique du crédit documentaire. Banque 1980 p 101

BOULOC (B), La jurisprudence récente en matière de cautionnement, Journ. Agrées  
(Rév.jur.com) 1978 p 241

Encyclopédie DALLOZ, Droit commercial, 2 ème ed, V° Commission, 1972

CHABRIER (P.G), Encyclopédie DALLOZ, Droit commercial 2 ème ed, V° carte de  
crédit

DERRIDA (F), Les obligations du commissionnaire et les garanties du commettant,  
Etudes de droit commercial sous la direction de J. Hamel, DALLOZ, 1949 p 105

DUBISSON (M) Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties  
de bonne exécution, DPCi 1977 p 423

EISEMANN (F) Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arbitrage. 1972 p379

EPSCHTEIN (S) La nature de la garantie apportée par le crédit documentaire  
Banque, 1970, p 147

FRIEDEL (G), Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire  
irrévocable, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL, 1961 p 535 s

GAVALDA (C) L'assurance-crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de  
la complémentarité du secteur des banques et des assurances, Mélanges JAUFFRET,  
1974, P 343

Le renouveau de l'assurance-cautionnement des marchés, garantie  
des acheteurs dans le commerce international, Mélanges AZARD, 1980 p 75

SINAY (H). La situation du donneur d'aval, Rev. trim. dr. com 1953 p 17

STOUFFLET (J), Encyclopédie DALLOZ Droit commercial, V° Crédit documentaire  
JCL Droit commercial, Annexes, V° Crédit documentaire  
Les cartes de crédit en France, Etudes de droit contemporain,  
1970, p 189  
Notes : JCP 1968-II  
JCP 1977-II-18536

TANDEAU DE MARSAC (X) , Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, DPCi 1920 p 149

TERRE (F). Les sûretés personnelles en France in Les sûretés personnelles, Recueil de la société Jean BODIN, t 30

VASSEUR (M), rapport au colloque de Tours sur "les garanties bancaires dans les contrats internationaux" 1980  
notes D 1979-J-259  
JCP 1981-ed Ci 13552  
D 1981-J-390  
D 1981-J- 336  
D 1981-J-482

VIVANT (M), Le fondement juridique des obligations abstraites, D 1979-chr- 39

WATTIEZ (J P). JCL Banque fasc 34, Le cautionnement bancaire (1965)

-oooOooo-

#### ALLEMAGNE

ENNECERUS-LEHMANN, Schuldrecht II, 15, Bearbeitung par L. LEHMANN, Tübingen, 1958

ESSER, Schuldrecht, 4 ème ed, Bd 1  
5 ème ed, par H.L. WEYERS, Bd 2 t 1

LARENZ (K), Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Ban, Besondererer, 10 Auflage, München 1972

SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II 10 Auflage, par O. MUHL, 1969

-oooOooo-

AUHAGEN (F), Die Garantie einer Bank "auf erstes Anfordern zu zahlen, thèse, Friburg, 1966

-oooOooo-

BÄRMANN (J) et autres, Les garanties de crédit en droit allemand, Documentation française, 1978

BLESSING (D), Akzessorietät Sicherungszweck der Bürgschaft, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht, Diss Saarbürcken 1972

BOETIUS (J), Der garantievertrag, Diss München 1966

BONGREFE, Akkreditiv und Grundverhältnis, 1971

BOTTGEN (G), Praxis und Recht des Kreditkartenverfahrens, n° 29 der Gelben Reihe, Institut für internationales Recht

HORN VON MARSCHALL, ROSENBERG, PAVICEVIC, Dokumentakkreditive, und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, 1977

SCHOLZ (H), Das Recht der Kreditsicherung, 3 Auflage, Berlin, 1965

STAUDER/WEISSENSEE, Das Kreditkartengeschäft, Frankfurt, 1970

ZAHN, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel ' ème ed, 1968;

-oooOooo-

CAEMMERER (E.von), Bankgarantien im Aussenhandel, Festschrift für Otto RIESE, 1964, p 295 s

HADDING (W), Die Bankgarantievertrag rapport au 7 ème congrès de juristes germano-italiens, l'Aquila, 1978

HORN, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980 p 2153

KÄSER (J), Garantieverprechen als Sicherheit im Handelsverkehr, Rabals Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Band 35, 1971 p 601

LIESECKE (R), Rechtsfragen der Bankgarantie, NM 1968 p 22

PLEYER (K); Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM 1973,2, Sonderbeilage

SCHAUDWET, Rechtsfragen der Scheckkarte, NJW 1968 9 A

STAMMLER (R), Der Garantievertrag, Archiv für die zivilistische Praxis, 1886, t 69 p 1

WEBER (H J), Sonderformen der Bürgschaft und verwandte Sicherungsgeschäfte, Ju S 1972 n° 1 p 9

-oooOooo-

WESTPHALEN (F V), Garantie und Gewährleistungsvergütungen im Verhältnis  
zwischen Hersteller - Händler - Endkunde, NJW 1981 p 275

ZAHRNT, Die Kreditkarte unter privatrechtlichen Gesichtspunkten, NJW 1972 p 1078

-oooOooo-

#### AUTRICHE

SCHINNERER (E), Bankverträge, 3e ed avec le concours de P. AVANCINI, Wien,  
1978

Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, Festschrift für  
Herman Hammerle, Gr g. 1972 p 311

-oooOooo-

#### BELGIQUE

BOUMAL, L'ouverture de crédit irrévocable, Bruxelles, 1950

DE PAGE, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé,  
Bruxelles, 1957

FONTAINE, Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, Bruxelles 1966

-oooOooo-

HEENEN (J), Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, in : Les  
sûretés personnelles, Recueil de la Société Jean BODIN, t 30 p 154

MATRAY (L), L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles, Revue  
de la Banque, 1974 p 280

POULLET (Y), Les garanties contractuelles dans le commerce international.  
DPCi 1979 p 387 s

Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de  
l'assurance-caution, Bull Ass 1979

Rapport au colloque de Tours sur "Les garanties bancaires dans les  
contrats internationaux", 1980

VAN LIER ( ), Les garanties dites à première demande ou abstraites, journal  
des tribunaux, 1980 p 345

-oooOooo-

GRANDE-BRETAGNE

ANSON'S LAW OF CONTRACT, 24 ème ed par GUEST, 1975

HALSBURY'S LAW OF ENGLAND. 4 ème ed, London, 1978, vol 20 V° Guarantee and Indemnity. par PC M. CURTIS

-oooOooo-

ELLAND-GOLDSMITH. Performance bonds in the English Courts, DPCi 1978 p 151

ENGELHARD-GROSJEAN (ML), Le cautionnement en droit anglais. thèse, Paris I, 1974

HARTLEY T.C, Le droit du cautionnement et de la garantie dans le Royaume Uni et en Irlande. Etudes de la commission des communautés européennes, Bruxelles 1974

-oooOooo-

ITALIE

FRAGALI (M). Commentario del Codice Civile, Livre IV, Delle obbligazioni, Bologna Roma, 1960

PORTALE (GB). Le operazioni bancari, t II. Milano 1978

-oooOooo-

FRAGALI (M), Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fidéiussione. Banca Borsa 1967-I-321

PORTALE (GB). Fidéiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria, Ju S 1977, 3

RAVAZZONI (A). Nuove Riflessioni sulle cauzioni fidéiussorie, Assic, 1973-543

-oooOooo-



SUISSE

ENGEL (P). Traité des obligations en droit suisse, Neuchatel, 1973

GIOVANOLI. Berner kommentar, Das Obligationrecht, 2 ème partie. vol 7 -

GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 7 ème ed, Zürich 1980

OFTINGER-JEANPRETRE, Grands arrêts de la jurisprudence suisse

SCYBOZ (G) Traité de droit privé suisse t 7-II (Le contrat de garantie et le cautionnement) , Fribourg, 1979

-oooOooo-

BAR (T). Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Winterthun 1963

GILLIERON (P A), Les garanties personnelles en matière bancaire thèse, Genève, 1956

KELLER. L'accréditif documentaire en droit suisse, thèse Genève, 1941

KLEINER (B). Bankgarantie. 3 ème ed, Zürich, 1979

STAEHELIN (A) Die persönlichen Sicherungen im schweizerischen Recht des 19 et 20 Jahrhunderts im les sûretés personnelles, Recueil de la société Jean BODIN t 30 p 324

-oooOooo-

DIVERS

Le cautionnement dans le droit des états membres des communautés européennes, Etude effective par le Max Planck Institut de Hambourg sous la direction de W. DROBNIG. Travaux de la CEE, Série Concurrence. n° 14, Bruxelles, 1974

Les sûretés personnelles, Recueil de la société Jean BODIN, t 28, 29, 30

-oooOooo-

