L'ABSTRACTION
de la
garantie bancaire automatique

Etude de Droit civil comparé

Volume 2

Yves POULLET

Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit.

Louvain-la-Neuve
Année académique 1981-1982.

Promoteur : P.COPPENS

Ulls 20041468

C.R.I.D. — Centre Docum.

Date Entrée	N° Inv.
2 MARS 1988	602
Cote de Rangement	

L'ABSTRACTION

DE LA

GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE

- ETUDE DE DROIT CIVIL COMPARE -

Volume 2

YVES POULLET

Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur en droit.

Louvain-La-Neuve,
Année académique 1981-1982

PROMOTEUR: P. COPPENS

TABLE DES MATIÈRES

PLAN

INTRODUCTION GENERALE 1-6 (+)

TITRE I : L'APPARITION DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE DANS LE COMMERCE A LA GRANDE EXPORTATION 6-97

INTRODUCTION 6

CHAPITRE I: LES RISQUES DANS LES OPÉRATIONS À LA GRANDE EXPORTATION 8-28

SECTION I: LES RISQUES COMMUNS A TOUTE OPERATION COMMERCIALE, ACCRUS PAR LES CARACTERES INTERNATIONAL, COMPLEXE ET DE DUREE DE L'OPERATION A LA GRANDE EXPORTATION. 8

Article 1: Le risque d'insolvabilité ou de retard de paiement 9
Article 2: Le risque d'incapacité technique 11
Article 3: Les risques catastrophiques,cas de force majeure 13

SECTION II: LES RISQUES PROPRES A L'OPERATION DE GRANDE EXPORTATION, NES DE SON CARACTERE INTERNATIONAL. 14

Article 1: Les risques politiques 15
Article 2: Les risques "juridictionnels" 16
Article 3: Les risques de change 19

SECTION III: LES RISQUES PROPRES A L'OPERATION DE GRANDE EXPORTATION, NES DE SA DUREE ET DE SA COMPLEXITE.

Article 1: Les risques liés à la durée de l'opération
§1: Le risque de modification 20
§2: Le risque d'imprévision 21

(+) Les chiffres cités renvoient à la numérotation du texte.

Article 2: Les risques liés à la complexité de l'opération

§1: La complexité de l'opération 22

§2: Le risque né de la difficulté de préciser l'objet du contrat 24

§3: Le risque inhérent à la multiplicité des parties à l'opération 25

CONCLUSION DU CHAPITRE I 28

CHAPITRE II: L'INTERVENTION BANCAIRE DANS LES OPERATIONS DU COMMERCE INTERNATIONAL 29-69

SECTION I : L'INTERVENTION BANCAIRE DANS LES OPERATIONS A EXECUTION INSTANTANNEE DU COMMERCE INTERNATIONAL : DE L'ACCEPTATION BANCAIRE AU CREDIT DOCUMENTAIRE. 30

Article 1: L'acceptation bancaire

§1: Le mécanisme 32

§2: Les inconvénients du système 34

Article 2: Le crédit documentaire

§1: Le mécanisme 35

§2: Le crédit documentaire et les risques pris en charge 37

Article 3: La garantie de restitution d'acomptes

§1: Le mécanisme 39

§2: La particularité 40

SECTION II: L'INTERVENTION BANCAIRE DANS LES OPERATIONS COMPLEXES DU COMMERCE INTERNATIONAL ET LES FORMES NOUVELLES DE GARANTIES

Article 1: De l'opération à exécution instantanée à l'opération de durée: le contrat de construction d'ensembles industriels. 41

Article 2: Les mécanismes de paiement 42

Article 3: Les mécanismes de garantie dans l'opération de durée 44

§1: Les différents types de garanties selon les stades de l'opération : 45

A. La garantie de soumission ou d'offre 46

B. La garantie de restitution d'acompte 48

C. La garantie de bonne exécution 50

D. La garantie de retenue et la garantie de maintenance 53

E. Remarques finales 55

§2: Du schéma simple aux schémas complexes 57

A. Le schéma de base : l'opération triangulaire ou les rapports juridiques nécessaires 58

B. L'intervention de la banque du bénéfiaire 61

C. Les garanties"subordonnées" 63

§3: Une forme originale de la garantie du commerce international:
La garantie bancaire automatique

A. Présentation de la question 64

B. Les différentes clauses d'appel à la garantie 65

C. Premières justifications de la garantie automatique 67

CONCLUSION DU CHAPITRE II 69

CHAPITRE III: LA CLAUSE DE GARANTIE AUTOMATIQUE, SA PORTEE ET SA SIGNIFICATION DANS LE CONTRAT COMMERCIAL

SECTION 1: L'EQUILIBRE CONTRACTUEL MIS EN PLACE DANS LES CONTRATS A LA GRANDE EXPORTATION

Article 1: La philosophie des contrats à la grande exportation 71

Article 2: Les clauses de Hardship et de force majeure dans les grands contrats internationaux 73

Article 3: La responsabilité globale de l'ensemblier et son évaluation forfaitaire 76

Article 4: L'obligation de comportement quant à un résultat à atteindre 78

SECTION II: LA GARANTIE BANCAIRE ET L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

Article 1: Les insuffisances des garanties contractuelles 81

Article 2: Les entreprises conjointes 84

Article 3: Les garanties créées par l'intervention d'un tiers 85

SECTION III: LA JUSTIFICATION DE L'AUTOMATICITE DE LA GARANTIE- LES CONSEQUENCES DE CETTE JUSTIFICATION

Article 1: La garantie automatique et la "cause" du marché à la grande exportation 86

Article 2: La fonction de la garantie automatique

§1: La double fonction de l'émission de la garantie automatique 88

§2: La fonction du paiement de la garantie bancaire automatique 90

§3: Conséquences 91

Article 3: Les risques pris en charge par la garantie automatique 92

CONCLUSIONS DU CHAPITRE III ET DU TITRE I 96

TITRE II: L'ABSTRACTION, LA VALIDITE, LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT COMPARE 98

INTRODUCTION

CHAPITRE I: L'ABSTRACTION, LA VALIDITÉ ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE DANS LES DROITS ETRANGERS 102-204

SECTION I: LES DROITS ANGLO-SAXONS 103

Article 1: La Bankguarantee anglaise, la Standby Letter of Credit américaine et le précédent du crédit documentaire

§1: La "First demand" Guarantee anglaise 104

§2: La "Standby Letter of Credit" américaine 107

§3: La "Guaranty Letter of Credit"

A. La contestation 109

B. La nature originale de la "Guaranty Letter of Credit" 110

C. La validité de la "Guaranty Letter of Credit" 112

Article 2: La "consideration" de la Bankguarantee et de la "Guaranty Letter of Credit" et le principe de leur abstraction

§1: La "consideration" 113

§2: Le principe d'abstraction de la lettre de crédit 115

A. L'indépendance de la garantie bancaire automatique 117

B. Le formalisme documentaire 120

Article 3: Les limites et le degré de l'abstraction de la Bankguarantee et de la Guaranty Letter of Credit 122

§1: Les limites de l'abstraction 123

§2: Le degré de l'abstraction 125

CONCLUSIONS 131

SECTION II: LES DROITS GERMANIQUES

Introduction 132

Article 1: La "Garantie auf erstes Anfordern zu zahlen" et le "Garantievertrag": Justification de la validité de la garantie automatique 133

§1: La "Garantie auf erstes Anfordern" comme "Garantievertrag"

A. "Garantievertrag" et "Burgschaftsvertrag": L'approche dichotomique classique 134

B. L'application de cette approche dichotomique à la garantie bancaire 136

§2: La critique de l'approche dichotomique

A. Les formes mixtes de sûretés personnelles 138

B. La distinction fondée sur l'étendue des risques pris en charge par la sûreté personnelle 142

C. La garantie bancaire automatique et les risques couverts 143

§3: La validité de la garantie automatique 145

Article 2: Le principe de l'abstraction de la "Garantie auf erstes Anfordern zu zahlen"et sa nature juridique

§1: Le principe de l'abstraction de la "Garantie auf erstes Anfordern" 147

§2: La nature juridique de la "Garantie auf erstes Anfordern": Contrat abstrait ou contrat causal 149

A. La garantie automatique, contrat abstrait 150

B. La garantie automatique; contrat causal: La critique de Kübler 153

1. L'inutilité de l'explication de l'abstraction propre à la garantie automatique par le recours à la théorie de l'acte abstrait 154

2. La justification du degré d'abstraction de la garantie automatique par sa nature causale 155

3. La confusion de la nature abstraite de la garantie automatique et de son caractère accessoire, fondement de la thèse de la nature abstraite 157

Article 3: Les limites et le degré d'abstraction propres à la "Garantie auf erstes Anfordern zu zahlen" 159

§1: Le fondement de l'exception de mauvaise foi 160

§2: Les limites de la prise en considération de l'exception de mauvaise foi 161

§3: Les cas de fraude évidente

A. Les cas clairs 163

B. La fraude évidente et la demande tardive 164

C. La fraude évidente et la contre-garantie 165

D. Les affaires iraniennes et irakienne 167

CONCLUSIONS 170

SECTION III: LE DROIT ITALIEN

Introduction 171

Article 1: "Nel genus fideiussioni": La garanzia automatica bancaria

§1: La "Garanzia automatica bancaria" et le "Garantievertrag" 172

§2: Les précédents jurisprudentiels 174

A. L'arrêt de la Cour de cassation du 3 septembre 1966 175

B. Les cautionnements "àpremière demande" délivrés par les compagnies d'assurances 179

C. La "Garanzia pura": les deux décisions milanaises 182

§3: La garanzia bancaria automatica comme forme de sûreté personnelle 186

Article 2: L'abstraction causale de la garanzia automatica bancaria

§1: L'abstraction de la garantie bancaire automat. 189

§2: La cause-fonction, la validité et l'abstraction de la garantie bancaire automatique

A. La cause-fonction dans la doctrine italienne 190

B. La cause-fonction et la validité de la garantie bancaire automatique 192

C. La cause-fonction et l'abstraction de la garantie bancaire automatique 193

§3: La cause matérielle de la garantie bancaire automatique 194

Article 3: Les limites de l'abstraction de la garanzia "automatica" bancaria

§1: La jurisprudence italienne 196

§2: Les limites de l'abstraction reconnues par la doctrine 198

§3: La justification de la possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement 199

CONCLUSIONS 201

CONCLUSIONS DU CHAPITRE I 202

CHAPITRE II : LA VALIDITE, LA NATURE JURIDIQUE ET L'ABSTRACTION DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT BELGE ET EN DROIT FRANÇAIS 205 - 295

INTRODUCTION

A. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1973 206

B. Les décisions du tribunal de commerce de Bruxelles du 7 août 1979 207

C. Les objections à la validité de la garantie bancaire automatique et la distinction des réponses française et belge 208

SECTION I: L'ABSTRACTION ET LES LIMITES DE L'ABSTRACTION DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE

Article 1: Le principe de l'abstraction de la garantie automatique 210

Article 2: Les différentes applications du principe 212

§1: L'indépendance de la garantie par rapport à la relation entre le donneur d'ordre et le garant 213

§2: L'indépendance de la garantie par rapport à la relation entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire 214

Article 3: Les limites de l'abstraction 219

§1: La limite déduite du formalisme documentaire 221

§2: La limite déduite d'une demande non relative à l'opération garantie 224

§3: La limite déduite de la mauvaise foi évidente du bénéficiaire : conception extensive ou restrictive de la notion de fraude manifeste 225

A. La conception extensive 226

B. La conception restrictive 228

§4: La limite déduite de l'illicéité ou de l'immoralité de l'opération garantie 231

§5: Les limites supplémentaires parfois invoquées par la doctrine et la jurisprudence belges et françaises 232

A. La compensation 233

B. La force majeure, l'annulation, la résolution ou la résiliation du marché 235

CONCLUSION 238

SECTION II: LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT BELGE

Introduction 239

Article 1: La garantie bancaire automatique comme acte unilatéral 241

§1: L'argument bancaire 242

§2: L'inutilité de la thèse de l'acte unilatéral

A. Les droits étrangers : le contrat conclu par acceptation tacite 243

B. La réfutation de l'argument bancaire 246

§3: La contradiction interne de la théorie de l'acte unilatéral 248

Article 2: La garantie bancaire automatique comme acte abstrait 250

§1: L'exposé de la thèse

A. Les affirmations doctrinales et jurisprudentielles de la nature abstraite de la garantie automatique 250

B. Les arguments en faveur de la thèse de la nature abstraite 253

§2: L'inutilité de la thèse de l'acte abstrait 254

A. La confusion engagement abstrait - engagement non accessoire 255

B. La nature abstraite et la traduction du régime d'inopposabilité des exceptions 256

C. La nature abstraite et l'explication des limites de l'abstraction de la garantie automatique 258

§3: Le fondement erroné de la thèse de l'acte abstrait 262

A. La cause de la garantie automatique comme la relation donneur d'ordre - garant 263

B. La cause de la garantie automatique comme l'obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire 264

C. Les conséquences de la cause catégorique de la garantie automatique 266

§4: La contradiction interne de la thèse de l'acte abstrait 267

CONCLUSIONS 269

SECTION III: LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE EN DROIT FRANCAIS .

Introduction. 270

Article 1: La cause de la garantie automatique.

§1: La nature juridique du crédit documentaire et de la garantie automatique. 271

§2: La double notion de cause de la garantie automatique. 273

A. La cause-fonction de la garantie automatique 274

B. La cause matérielle du contrat de garantie 277

1. L'évolution de la conception de la cause du cautionnement 278
2. La cause matérielle ou "catégorique" de la garantie automatique 280

C. Le lien entre la cause-fonction et la cause matérielle de la garantie automatique 281

§3: L'unité logique de l'opération tripartite comme fondement de la nature causale de la garantie automatique. 283

Article 2: Les conséquences de la cause de la garantie automatique. 286

§1: La cause de la garantie automatique et sa validité 287

§2: La cause de la garantie automatique et son abstraction 290

§3: La cause de la garantie automatique et les limites de l'abstraction 291

A. Le rôle de la cause lors de la conclusion du contrat de garantie 292

B. Le rôle de la cause lors de l'exécution du contrat de garantie 293

CONCLUSIONS DE LA SECTION III 296

CONCLUSIONS DU CHAPITRE II ET DU TITRE II 297

TITRE III: LES LIMITES A L'ABSTRACTION DE LA GARANTIE BANCAIRE AUTOMATIQUE ET LA POSSIBILITE POUR LE DONNEUR D'ORDRE D'EMPECHER LE PAIEMENT. 300-390

INTRODUCTION 300

CHAPITRE I: LA CAUSE DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE ET LES LIMITES DE SON ABSTRACTION. 302-338

SECTION I: LA DEFINITION DE LA CAUSE 303

Article 1: La cause conçue principalement comme cause-fonction 304

Article 2: La cause-fonction des différents types de garantie bancaire automatique délivrés dans le commerce international à la grande exportation. 307

§1: La cause-fonction de la garantie d'exécution

A. Remarques générales 308

B. Les deux types de garantie d'exécution - Leurs causes-fonction 310

§2: La garantie de soumission - Sa cause-fonction 311

§3: La garantie de retenue et de restitution d'acomptes - Leurs causes-fonction 312

Article 3: La valeur du critère de l'accessoriété 314

SECTION II: LES CONSEQUENCES DE L'ANALYSE DE LA CAUSE 315

Article 1: La validité et l'originalité de la garantie automatique

§1: La cause-fonction de la garantie automatique et la validité de cette institution 316

§2: La cause-fonction de la garantie automatique l'originalité de cette institution 320

Article 2: La cause matérielle de la garantie automatique: Le rôle de la cause à la conclusion du contrat.

§1: La notion de cause matérielle 321

§2: La cause matérielle propre à chaque type de garantie automatique 323

§3: Le rôle de la cause matérielle 324

Article 4: Le rôle indirect de la cause dans l'exécution du contrat de garantie automatique et le principe d'exécution de bonne foi: le droit et l'obligation du garant de refuser le paiement.

§1: Le principe de la bonne foi dans l'exécution de la convention et le rôle de la cause après la formation du contrat 326

§2: L'application du principe de bonne foi au contrat de garantie automatique 327

A. La mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie 328

B. L'exécution de bonne foi du contrat de garantie automatique par le banquier et les limites à son devoir de paiement 331

C. La confirmation: L'article 40 alinéa 3 de la loi cambiaire 334

D. La question particulière de la contre-garantie 336

CONCLUSIONS DU CHAPITRE I 338

CHAPITRE II: LA POSSIBILITÉ POUR LE DONNEUR D'ORDRE D'EMPÊCHER LE PAIEMENT DE LA GARANTIE AUTOMATIQUE. 340-390

INTRODUCTION 340

SECTION I: LES PROCEDURES ET LES PREALABLES

Article 1: Les procédures judiciaires susceptibles d'être invoquées 341

Article 2: Les préalables

§1: Le devoir d'information lors d'un appel à la garantie

A. L'information du donneur d'ordre 342
B. L'information du contre-garant 345

§2: Les oppositions extra-judiciaires 346

SECTION II: LA PROCEDURE EN REFERE 348

Article 1: Le principe de l'octroi de mesures provisoires 350

Article 2: L'application du principe à la garantie automatique

§1: Le principe de l'unité de l'opération tripartite et ses conséquences

A. La clause de garantie automatique et sa signification 352
B. Le principe de l'exécution de bonne foi: signification de la clause de garantie automatique 354
C. Le précédent: l'analyse de la clause d'accréditif dans la doctrine allemande 355

§2: Les conséquences: les limites à l'octroi des mesures provisoires.

A. Le principe: la nécessité d'une mauvaise foi non sérieusement contestable 356
B. La fraude manifeste dans le crédit documentaire et dans la garantie automatique 358
C. L'application du principe 360

§3: Les cas particuliers 364

A. Le cas de la contre-garantie 365
B. La renonciation à se prévaloir d'une mesure provisoire 369

SECTION III: LA SAISIE-ARRET 371

Article 1: La décision française et son raisonnement

§1: L'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris du 13 mai 1980 372

§2: Le précédent: la saisie-arrêt en matière de crédit documentaire 374

§3: La signification de la saisie-arrêt en matière de garantie automatique 377

Article 2: La légitimité de la saisie-arrêt en matière de garantie automatique et ses conséquences

§1: Les objections à la légitimité de la saisie-arrêt 380

§2: Les conséquences 384

§3: Le cas particulier de la contre-garantie 385

CONCLUSIONS DU CHAPITRE II ET DU TITRE III 387

CONCLUSIONS GENERALES 390-397

LISTE DES ABREVIATIONS

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES

A.B.G.B. = Allgemeines Bugerliches Gesetzbuch (=Code civil autrichien)
Abs. = Absatz (=paragraphe)
Aj. = Ajouter
Al. = Alinéa
Anh. = Anhang (=annexe)
Anm. = Anmerkung (=Remarques)
Art. = Article

Bd. = Band (=tome)
B = Bénedicte
BGB = Burgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bes Teil = Besonderer Teil (=Partie spéciale)
B.G. = Bundesgericht (=Tribunal fédéral suisse)
BGH = Bundesgerichtshof (=Cour fédérale allemande)

Cass. = Cour de cassation (France), ou Cour de cassation (Belgique) ou corte suprema di cassazione (Italie)
C.C.I. = Chambre de Commerce Internationale
C. civ. = Code civil (français ou belge)
C.civ.it. = Code civil italien
Ccls = Conclusions
Cf. = Conférer
Chron. = Chronique
Comp. = comparer
Contra = Décision ou avis en sens contraire
Credoc = Crédit documentaire
Cy = Company

Eod. loco = au même endroit

Fn. = Fussnote (=note)

H.G.B. = Handelsgesetzbuch (=Code de commerce allemand)

Komm. = Kommentar (=commentaire)

L.G. = Landsgericht (allemand)
Ltd = Limited

n° = numéro
note s. = note sous

Obs. = note d'observations sous
OGH. = Oberster Gerichtshof (Cour suprême autrichienne)
OLG = Oberlandsgericht (allemand)
O.N.D. = Office National du Ducroire (Belgique)
op. cit. = opere citato (ouvrage précité)
O.R. = Obligationenrecht (Code des obligations suisse)

Q.B. = Queen's Bench Division (Tribunal anglais)

réf. = référés

s. = suivant

T. = Tome
Trib. = Tribunal civil de... ou Tribunale civile de... (Italie)
Trib. comm.= Tribunal de commerce de
Trib. G^{de} inst. = Tribunal de grande instance

U.C.C.	= Uniform Commercial (Code américain)
V.	= Voir
v.	= versus (=against)
v°	= verbo (=voir le mot)
vorb.	= vorbemerkung
vol.	= volume
W.G.	= Wechselgesetz (loi cambiaire)
Z.P.O.	= Zivilprozessordnung

ABREVIATIONS UTILISEES LORS DE LA CITATION DE REVUES

A.c.P.	= Archiv für die civilistische Praxis (Allemagne)
All E.R.	= All England Law Reports (Royaume Uni)
Ann. de droit	= Annales de la Faculté de droit et de sciences politiques de Louvain (Belgique)
Arch. Resp. civ.	= Archive della responsabilita civile (Italie)
Assic.	= Assicurazioni (Italia)
A.T.F.	= Arrêts du tribunal fédéral (=BGE) (Suisse)
A.W.D.	= Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs Beraters (Allemagne)
Banque	= Revue mensuelle du banquier, de son personnel et de sa clientèle
B.B.	= Betriebs - Berater (depuis 1946)(Allemagne)
B.B. e tit. di C.	= Rivista di Banca, Borsa e titoli di Credito (Italie)
Belg. Jud.	= La Belgique Judiciaire (Belgique)
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Suisse)
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Allemagne)
B.L.J.	= Bankers Law Journal (Angleterre)
Bull. civ. ou Bull. Cass.	= Bulletin civil des arrêts de la cour de cassation (française) I : arrêt de la première Chambre civile II: arrêt de la deuxième Chambre civile IV: arrêt de la Chambre commerciale

Bus. Law.	= The Business Lawyer Journal (Etats-Unis)
D.	= Recueil Dalloz depuis 1945 (France)
D.B.	= Der Betrieb (Allemagne)
D.H.	= Recueil hebdomadaire Dalloz (France)
D., ... I.R.	= Recueil Dalloz, ... Informations rapides
Dir. e giur.	= Diritto e giurisprudenza (Italie)
D.P.	= Recueil périodique et critique de Jurisprudence de Législation et de Doctrine fondé par M. Dalloz, Paris (France)
D.P.C.I.	= Droit et Pratique du commerce international (France)
Dr. Mar. Fr.	= Le Droit Maritime français (France)
Econ e Cred.	= Economia e Credito (Italie)
F .	= Federal Reporter (Etats-Unis)
Foro itL	= Foro italiano (Italie)
Foro Pad.	= Il Foro Padano (Italie)
F. Suppl.	= Federal Supporter Supplement (Etats-Unis)
Giur it.	= Giurisprudenza italien (Italie)
Giust. civ.	= Giustizia civile (Italie)
G.P.	= La Gazette du Palais. Supplément au Journal Judiciaire (France)
Harv. L. R.	= Harvard Law Review (Etats-Unis)
I.C.L.F. Rev.	= The International Contract-Law and Finance Review (Royaume Uni)
J. cl. Civ.	= Juris - classeur Civil (France)
J.C.B.	= Jurisprudence commerciale de Bruxelles (jusqu'en 1969) de Belgique (depuis 1969) (Belgique)

J.C.P.	= Juris-calsseur périodique - La semaine juridique (France)
J.C.P., ...,éd. C.I.	= Juris-classeur périodique,... ,édition Commerce et Industrie (France)
J. of I. of Bankers	= Journal of the Institute of Bankers (Royaume-Uni)
Journ. des Agrées	= Journal des Agrées (France)
Journ. Trib.	= Journal des Tribunaux (Suisse)
J.T.	= Journal des Tribunaux (Belgique)
Jur. Bl.	= Juristiche Blatter (Autriche)
Ju S.	= Juristische Schulung(Allemagne)
J.Z.	= Juristenzeitung (Allemagne)
J.W.	= Juristische Wochenschrift (Jusqu'en 1944) (Allemagne)
Lloyd's L.R.	= Lloyd's Law Report (Royaume Uni)
Mass Foro it.	= Massimario del Foro italiano (Italie)
M.D.R.	= Monatsschrift für deutsche Recht (Allemagne)
MEED	= Middle East Economic Digest (Royaume-Uni)
N.J.B.	= Nederlands Juristenblad (Pays-Bas)
N.J.W.	= Neur Juritische Wochenschrift depuis 1947-48 (Allemagne)
O.G.H.E.	= Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in Zivilsachen (Autriche)
Rabels Z.	= Rabelszeitschrift (voir:ZAIP) (Allemagne)
RCJB	= Revue critique de jurisprudence belge (Belgique)
Rep. Foro it	= Repertorio generale annuale del Foro italiano (Italie)
Rev. Banque	= Revue de la Banque (Belgique)
RCDIP	= Revue critique de droit international privé (Clunet) (France)
R.D.I.D.C.	= Revue de droit international et de droit comparé (France)
Rev. dr. bancaire	= Revue de droit bancaire (France)
Rev. dr. mar.	= Revue de droit Maritime (France)
Rev. Int. de la Th. du droit	= Revue internationale de la théorie du droit (France)
Rev. Jur. comm.	= Revue de Jurisprudence commerciale (Ancien Journal des Agrées) (France)

Rev. Soc. Jur. Bern.	= Revue de la Société suisse des juristes bernois (Suisse)
R.G.Z.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen de 1880 à 1944 (Allemagne)
R.I.D.C.	= Revue internationale de droit comparé (Belgique)
Riv. Dir. comm.	= Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni (Italie)
Riv. Dir. civ.	= Rivista di diritto civile (Italie)
Riv. dir. e proc.civ.	= Rivista di diritto e procedura civile (Italie)
R.P.D.B.	= Répertoire pratique de droit belge (Belgique)
R.T.D.C.	= Revue trimestrielle de droit civil (France)
R.T.D.Comm.	= Revue trimestrielle de droit commercial (France)
R.W.	= Rechtskundig Week blad (Belgique)
S.	= Recueil général des Lois et des Arrêts fondé par J.B. Sirey (France)
S. JZ.	= Schweizerische Juristenzeitung ou Revue suisse de Jurisprudence (Suisse)
T.P.R.	= Tydschrift voor Privaatrecht (Belgique)
U.C.C.L.J.	= Uniform Commercial Code Law Journal (Etats-Unis)
W.L.R.	= Weekly Law Report (Royaume-Uni)
W.M.	= Wertpapier Mittelungen, Teil IV, B. (Allemagne)
W.P.N.R.	= Weekblad voor Privaat - en Notaris Recht (Pays-Bas)
ZAIP	= Zeitschrift für auslandisches und internationales Privarecht (=Rabelszeitschrift) (Allemagne)
Z. bern. Jur. V.	= Rev. Soc. suisse Jur. Bern. = Zeitsschrift fur das bernische Juristische Vereins (Suisse)
ZHR	= Zeitschrift fur das gesamte Handelsrecht (und Wirtschaftrecht jusqu'au volume 60)(Allemagne)
ZKW	= Zeitschrift für das Kreditwesen (Allemagne)
Y.L.J.	= Yale Law Journal (Etats-Unis)

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES GENERAUX (classification par pays)

II. GARANTIE :

A. Thèses - Monographies

B. Articles

C. Jurisprudence (classification par pays)

III. SUJETS PARTICULIERS :

A. Acte unilatéral - Acte abstrait - Cause et groupe de contrats

B. Sûretés personnelles

C. Crédit documentaire

D. Contrats internationaux

E. Droit judiciaire

BIBLIOGRAPHIE

La bibliographie est à jour au 1° décembre 1981.

I. TRAITÉS DE DROIT CIVIL, COMMERCIAL ET BANCAIRE

A. DROITS ANGLO-SAXONS

CHESHIRE F. and FIFOOT E., The Law of Contracts, 7° éd., London, 1969

GUTTERIDGE H.C. - MEGRAH M., The Law of Banker's commercial Credits, London, 5° éd., 1976

HALBURY's Laws of England, 4° éd., London, 1978

HARFIELD H., Bank Credits and Acceptances, New-York, 5°éd., 1974

MEGRAH M.- RYDER F.R., Paget's Law of Banking, 8° éd., London, 1972

WILLISTON S., A Treatrise on the Law of Contracts, 3° éd., New-York, 1975

B. DROIT BELGE

DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil belge, 10 tomes, Bruxelles, 2° éd., 1964

DIERYCK A., Les ouvertures de crédit - Etude juridique -, Bruxelles, 1945

FREDERICQ L., Droit commercial belge, T. IX, Banque et opérations de banque, Bruxelles, 1958

VAN MAELE A., Droit bancaire, Novelles, Bruxelles, 1951

VAN RYN J. - HEENEN J., Principes de droit commercial, Tome 1, 2°éd., 1976; tome 2 et 4, 1°éd., 1964 à 1966; tome 3, 2°éd., 1981

VAN GERVEN W., Beginselen van Belgisch Privatrecht, tome I, Allgemeen deel, Antwerpen, 1969

C. DROIT FRANCAIS

CARBONNIER J., Droit civil, Tome 4, Les obligations, 9°éd., 1976

FERRONIERE J. - de CHILLAZ E., Les opérations de banque, 5°éd., Paris, 1976

GAVALDA C. - STOUFFLET J., Droit de la banque, Paris, 1974

GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations - Le contrat - Paris, 1980

MARTY J. et RAYNAUD P., Droit civil, Tome 1, 2°éd., (2 vol.), Paris, 1967; Tome 2, 2°éd., (2 vol.), Paris, 1965

MAZEAUD H.L. et J., Leçons de droit civil, 4°vol., 4°éd., par M. de Juglart, Paris, 1971

VASSEUR M., Droit et économie bancaires, 3 tomes, Paris, 2°éd., 1979

WEILL A. - TERRE F., Dalloz, précis de droit civil, Les obligations, 3°éd., 1976

D. DROITS GERMANIQUES

CANARIS Cl.W., Bankvertragsrecht, Berlin, 1975

ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, Neuchatel, 1973

ENNECCERUS L. - NIPPERDEY H.C., Allgemeiner Teil des BGB, T.I, 15éd., Tübingen 1959, T.II, 15°éd., Tübingen, 1960

ESSER J., Schuldrecht, T.I: Allgemeiner Teil, 5°éd., (continué par SCHMIDT E.), Karlsruhe, 1975; T.II: Besonderer Teil, 4°éd., Karlsruhe, 1971

GSCHNITZER F., Kommentar zum ABGB, 2°éd., Wien, 1968

HECK Ph., Grundriss des Schuldrechts, 2°éd., Tübingen, 1929

KEMMER H.T. - RADLINGER K., Technik der Aussenhandels - finanzierung, 3°éd., Frankfurt, 1972

KLANG O., A.B.G.B. Kommentar, 2°éd., Wien, 1951

LARENZ K., Lehrbuch des Schuldrechts, T.I: Allgemeiner Teil, 11°éd., München, 1976; T.II: Besonderer Teil, 11°éd., München, 1976

NIELSEN J., Bankrecht, 4°éd., München, 1978

OSER H. - SCHÖNENBERGER W., Zürcher Kommentar zum Z.G.B., Obligationenrecht,
T.1, art.1-183, Zürich, 1929
T.2, art.184-418, Zürich, 1936
T.3, art.419-529, ZÜRICH, 1945

PALANDT O., Bürgerliches Gezetzbuch, 37°éd., München, 1977

RATZ P., Handelsgesetzbuch, Tome 3,Grosskommentar, §349 und Anhang zu §349, §350, 3°éd., Berlin, 1968

SCHINNERER E. - AVANCINI P., Bankverträge, Tome 1, 3°éd., Wien 1975; Tome 2, 3°éd., Wien, 1978; Tome 3, 3°éd., Wien, 1976

SCHÖNLE H., Bank und Börsenrecht, 2°éd., München, 1976

SOERGEL H.T. - SIEBERT W., Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9 tomes, 10°éd., Stuttgart-Berlin-Köln, Mainz, 1967-1975

von WESTPHALEN F., Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2°éd., Heidelberg, 1978

E. DROIT ITALIEN

BETTI E. Teoria generale del negozio giuridico, 2°éd., Torino, 1952

CODICE CIVILE, Relazione del Ministro Guardasigilli, Roma, 1943

MOLLE G., I contratte bancarie, Milano, 1966

PORTALE G.B., (le) Operazioni bancarie (a cura di G.B. Portale), Milano, 2tomes, 1978

SACCO R., Il contratto, in Trattato di diritto civile italiano (a cura da Vassali), Volume 6, Tome 2, Torino, 1975

II. GARANTIES

A. THESES - MONOGRAPHIES

AUHAGEN U., Das Garantie "auf erstes Anfordern zu zahlen", Thèse, Wuppertal, 1966

BÄR Th., Zum Rechtsbegriff der Garantie insbesondere im Bankgeschäfte, Thèse, Zürich, 1963

BOETIUS J., Der Garantievertrag, München, 1966

DESMEDT R., Twee juridische problemen die betrekking hebben op finanzierung van de export, Conf. donnée à l'Association belge des juristes d'entreprises, 1979, polycopié

(les) GARANTIES BANCAIRES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX, Dossier de documentation, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980 organisé par la FEDUCI

(les) GARANTIES BANCAIRES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX, Actes du colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, (Resp. scient. H. LESGUILLONS), Paris, 1981

GILLIERON P.A., Les garanties personnelles en matière bancaire, Thèse, Genève, 1969

KLEINER B., Bankgarantie - Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen mit bessonderer Berück ichtigung des Bankgarantiegeschaftes, Zürich, 2°éd., 1972; 3°éd., 1979

REUSSER S., Der Garantievertrag und sein Verhältnis zür Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischen Recht, Thèse, Berne, 1938

SALEH H., Letters of Guarantee - Rules & Regulations - Unification Scheme, éd. par le comité national Irakien de la CCI, mai 1973

STAMMLER R., Das Garantievertrag, 69, AcP., (1886),1

B. ARTICLES

ADEN M., Der Arrest in den Auszahlungsanspruchs des Garantiebegünstigten durch den Garantieauftraggeber, RIW/AWD, 1981? 439

ARNOLD H.W. - BRANSLIVER E., The Standby Letter of Credit - The controversy continues, 10, U.C.C.L.J., 272, (1978)

AXMANN P., Preisfaktoren, Zahlungsbedingungen und Zahlungssicherungen im Aussenhandel, D.B., 1973, S.B., n°8

BANQUE MONDIALE, The changing nature of Export Credit Finance and its implication for developing Countries, Working paper, n°409, juillet 1980

BECKERS L.G., Contract Guarantees and international bonding Practices, in Gmürr C., Trade Financing, London, 1980, 158

BENATTI F., V° Garanzia (contratto autonomo di) , in Noviss. digesto italiano (Appendice), II, Torino, 1981

BERGSTRÖM S., Garantieverträge im Handelsverkehr, in Bergström - Schultsz, Käser, Garantieverträge im Handelsverkehr, Frankfurt/M., 1972

BERLIOZ G., Les garanties dans les relations économiques internationales, JCP, 1980, éd. C.I., II, 13324

BERLIOZ G., The Iranian Crisis, The Impact for International Financial Law, I.C.L.F. Rev., 1980,8

CACHIN H., Le développement du rôle de l'assurance en matière de caution, Assur. fr., 1978, 267

BRIGANTI E., Contratti di garanzia ed esercizio del credito nella prassi bancaria italiana, Vita Notariale, 1980, 1061

CAEMMERER E. (von), Bankgarantie im Aussenhendel, Festschrift für O. Riese, Karlsruhe, 1964, 294

C.C.I., Règles uniformes pour les garanties contractuelles, Paris, Publications C.C.I., n°325, Août 1978

DEL DUCA L.F., Pitfalls of "Boiler Plating", Letters of Credit, 13, UCCLJ,3,1980

DUBISSON M., Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I., 1977, 423

EISEMANN, Arbitrage et garanties contractuelles, Exposé au IV° congrès international de l'arbitrage, Moscou, 3-6 octobre 1972, Rev. Ar b.,1972,379

ELLAND-GOLDSMITH M., Performance Bonds in the English Courts, D.P.C.I., 1978, 151

FINGER P., Formen und Rechtsnatur der Bankgarantien, B.B., 1969, 206

FRAUD in the transaction enjoining letters of Credit during the Iranian Revolution, Harv L. Rev., 1980, 992

(les) GARANTIES BANCAIRES A L'EXPORTATION, Bull. de la S.G.B., décembre 1980,3

GARONE G., La posizione della banca come garante e l'arbitrato, Rass. arbitr., 1980, 153

GARONE G., Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia bancaria nella pratica contrattuale, B. B.e Tit. di C., 1978,1, 472

GAVALDA C., Le renouveau de l'assurance-cautionnement des marchés acheteurs dans le commerce international, Mélanges P. Azard, Paris, 1979, 75

GAVALDA C. - STOUFFLET J., La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980, 5

GÜGGENHEIM D., La garantie bancaire principale et accessoire dans le commerce international et au regard du droit suisse, Festschrift für A. Schnitzer, Genève, 1979, 165

HADDING W., I contratti di garanzia bancaria, Giust. civ., 1979, IV, 129

HARFIELD H., The Standby Letter of Credit Debate, 94, Banking L.J., 293,1977

HEENEN J., Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, Rec. soc. J. Bodin, Tome XXX, 153

HORN N., Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW,1980, 2153

HUBERT A., Quelques réflexions à propos du colloque de la "FEDUCI" sur les garanties bancaires dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1980,583

JACKSON L., Contract Guarantee abroad, J. of I. of Bankers, 1958,100,304;1959,40

JORDAN A.B., Guarantee Bonds - Their Use in international Contracts, I.C.L.F. Rev., 1980, 201

KÄSER J., Garantieversprechen als Sicherheit im Handelsrechten, Rabels Z., 1971, 600

KÄSER J., Garantieversprechen als Sicherheit im Handelsverkehr, in Bergström - Schultsz- Käser, Garantieverträge im Handelsverkehr, Frankfurt/M., 1972

KATSKEE M.R., The Standby Letter of Credit Debate - The case for congressional Resolution, Banking L.J., 1975, 697

KLEINER B., Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderrufliche Akkreditiven, S.J.Z., 1976, 353

KLEINER B., Scheizerische Arrestrecht und internationalen Handel, S.J.Z., 1979, 219

KOPELMANAS L., Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution de contrats internationaux de fournitures d'installations industrielles complètes, Festschrift für J. Barman, München, 1975, 553

LEGREVE S., Garanties contractuelles, Rev. Banque, 1973, 537

LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 22

MACCARONE S., V° Contratto autonomo di garanzia, in Dizionari del diritto privato, Diritto commerciale (a cura di N. Irti), Milano, Giuffre, 1981

MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt/M., 1977, 77

MARWICK KOOIJ (van) B., Contract Guarantees, N.J.B., 1978, 991

MATRAY L., L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles, Rev. Banque, 1974, 203

MATTOUT J.P. La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et long terme, Banque, 1977, 419

METTENHEIM (von) H., Die missbrauchliche Inanspruchnahme bedingungloser Bankgarantien, RIW/AWD, 1981, 581

MEZNERICKS L., Guarantees and other securities in international Trade, in Question od international Law, Budapest, 1971, 105

MOLLE G., In tema di contratto autonomo di garanzia, Bancaria, 1981, 1255

MURRAY J., Letters of Credit in nonsale of Goods Transaction, 30, Bus. Law, 1103 1975

MUZZI J., Performance guarantee- A changing Business, in Construction (MEED special Rep., Fevrier 1980, 19)

NELSON J.A., How to make a standby Letter of Credit worth more than the paper it's written on, Euromoney, Nov. 1979, 113

NIELSEN J., Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften, Bankrecht und Bankpraxis, Köln, 1979, Teil II, Rdnr. 5, 131

NIGGERMANN F., How to stop fraudulent payment demands out of first demand bank guarantees - A comparative survey, I.C.L.F. Rev., 1981, 343

OFTINGER K., Ueber Bankgarantien, S.J.Z., 1941, 58

O.N.D., Assurances des cautions à l'étranger, Contact, 1978, n°35

O.N.D., Assurances des garanties bancaires constituées d'ordre des exportateurs en faveur des acheteurs étrangers, Contact, 1981, n°42

PABBRUWE H.J., Een bijzondere bankgarantie, W.P.N.R., 1979, 5471

PAVICEVIC B., Bankgarantien im jugoslawischen Recht, in Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt/M., 1977,57

PLEYER K., Die Bankgarantien, im zuischenstaatlichen Handel, W.M., 1973,S.B.,2

PORTALE G.B., Fideiussione e garantievertrag nell prassi bancaria, in Le operazioni bancarie, Milano, 1978, Tome 2, 1045

PORTALE G.B., Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria, Ju S, 1977,3

POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international,D.P.C.I., 1979, 387

REICHWEIN H., Bankgarantie und Bürgschaft, S.J.Z., 1956, 374

RENDELL S., The iranian revolution continues in the courts, Euromoney, 1979, 73

RUBINO-SANMARTINO M., Performance Bonds and Injunction, The Law Societies Gazette, Wed. 4 févr. 1981

SCHEUERMANN E.K., Bedeutung und Ausgestaltung des Anzahlungsavals, A.W.D., 1959, 194

SCHINNERER E., Neue Wege zür Regelung der Bankgarantie, Festschrift für Hammerle, Graz, 1972, 311

SCHINNERER E., Bankbürgschaft und Bankgarantie, Ö. Bank A., 1953, 216

SCHINNERER E., Besprechung zu "die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen", Ö. Bank A., 1972, 439

SCHINNERER E., Zum Problem der Aufstellung von Regeln für Garantien, die im internationale Handel Verwendung finden, Ö. Bank A., 1978, 51

SCHINNERER E., Neue Regeln der internationalen Handelskammer für Kontraktegarantien, Ö. Bank A., 1979, 42

SCHMIDLIN O., "On demand bonds" - die Gefahren von bedingungslosen und abstrakten Kautionsrückversicherung, Z.F.V., 1979, 605

SCHULTSZ J.C., Sureties in the commercial world, in Bergström - Schultsz - Käser, Garantieverträge im Handelsverkehr, Frankfurt/M., 1972

SCHÜTZE R.A., Forderungssicherung im deutsch iranischen Verhältnis, B.B., 1979, 348

SCHÜTZE R.A. Zur Geltendmachung einer Bankgarantie "auf erstes Anfordern", RIW/AWD, 1981, 83

SCHÜTZE R.A., Eintsweilige Verfügungen und Arreste im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Bankgarantien, W.M., 1980 ,1438

SIMONE (de) C., La garanzia automatica bancaria, B.B.e tit. di C., 1977, 85

SIMONT L., Les mécanismes financiers des contrats internationaux, Rev. dr.int. et dr. comp., 1980; 267

SIMONT L. - BRUYNEEL A., Chronique de jurisprudence bancaire, Rev. Banque,1980,99

STÖTTER V., Das Garantieversprechen, D.B., 1971, 2145

STÖTTER V., Zur Abfassung der Akkreditivklausel im Kaufvertrag, RIW/ AWD,1981,86

STUMPF H., Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (Bankgarantien) der internationalen Handelskammer, RiW/AWD, 1979,1

STUMPF H., Frequent abuses of contract guarantees and Attemps at Remedying such Abuses, Liber Amicorum F. Eisemann, Paris, 1978,141

STUMPF H., Bank Guarantees, Rapport au 3° congrès de l'arbitrage d'Istambul,1969

TANDEAU de MARSAC X., Le paiement et ses garanties dans la vente internationale d'objets mobiliers corporels, D.P.C.I., 1980, 125, (paru aussi in Les ventes internationales de marchandises, Actes du colloque d'Aix en Provence, 7 et 8 mars 1980, Paris, 1981)

TROST U., Problemlösung beim Bankgarantiegeschäft durch Umstrukturierung des Geschafttypus, RIW/AWD, 1981, 659

UNCITRAL, Preliminary Study of Guarantees and Securities as related to international Payments, A/CN 9/20 (17.2.1969);Addendum (4.3.1969);A/CN 9/45 (20.3.1970), Addendum(25.3.1970); A/CN 9/101 (14.3.1975), Addendum (1.4.1975)

UNCITRAL, Lettre de crédit "Standby", A/CN 9/163 (8.5.1979)

VAN LIER H., Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, J.T.,1980, 345

VERKUIL P.R., Bank Solvency and Guaranty Letters of Credit, 25, Stanford L. Rev., 716 (1973)

WESTPHALEN (Graf von),Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel, W.M., 1981, 294

WHEBLE W., Finanzierung des Internationalen Handels in den siebziger jahren, AWD, 1971, 201

WHEELAM J., Lybian Bonds Requirements worry U.K. Banks, MEED, 2 sept. 1977

WILKINS C., Loosening the Bonds on Middle East trade, Financial Times, 26 avril 1978

C. JURISPRUDENCE ET NOTES

ALLEMAGNE

L.G. Francfort,16 oct. 1982, AWD, 1963, 58, NJW, 1963, 450

L.G. München, 24 mai 1971, AWD, 1972, 196

L.G. München, 1 août 1972, inédit

O.L.G. Francfort, 12 février 1974, W.M., 1974, 956; B.B., 1974, 533

B.G.H., 3 mars 1976, W.M., 1976, 422

O.L.G. Stuttgart, 8 sept. 1976, W.M., 1977, 881

L.G.Lubeck, 27 juin 1977, M.D.R., 1978, 53

O.L.G. Hamburg, 7 juillet 1977, W.M., 1978, 260

O.L.G. Hamburg, 4 nov. 1977, RiW/AWD, 1978, 617

O.L.G. Dusseldorf 13 fév. 1978, W.M., 1978, 359

O.L.G. Stuttgart, 25 janvier 1979, W.M., 1979, 733; RIW/AWD, 1979, 729

B.G.H., 2 mai 1979, J.Z., 1979, 442; W.M., 1979, 691

L.G. Francfort (réf.) 29 nov. 1979, D.P.C.I., 1980, 262, note J. DÖHM

L.G. Francfort, 11 déc. 1979, D.P.C.I., 1980, 262, note J. DÖHM; NJW, 1981, 56 note Th. HEIN; W.M., 1981, 284

L.G. Braunschweig, 22 mai 1980; W.M., 1981, 278; RiW/AWD, 1981, 789

L.G. Dortmund, 9 juillet 1980, W.M., 1981, 280

L.G. Stuttgart, 8 août 1980, W.M., 1981, 633

O.L.G. Saarbrucken, 23 janvier 1981, RiW/AWD, 1981, 338; W.M., 1981, 275

O.L.G. Stuttgart, 11 février 1981, Z.I.P., 1981, 497

AUTRICHE

Ost. Ob. Ger., 15 oct. 1964, Jur. Bl., 1965, 262

Ost. Ob. Ger., 6 oct. 1971, Ost. Bank Archiv., 1973, 166

Ost. Ob. Ger., 2 déc. 1975, OGHE, 1975, n°130

BELGIQUE

Trib. comm. 7 août 1979, Médit.

Trib. comm. Brux., 21 nov. 1979, J.C.B., 1980,I, 140

Trib. comm. Brux. (réf), 15 janv. 1980, J.C.B., 1980, I, 147

Trib. comm. Brux. (réf.), 23 oct. 1980, inédit

Trib. comm. Brux., 11 mars 1981, J.C.B.,I, 363

Trib. comm. Antwerpen, 15 mai 1981, inédit

C.C.I. COUR D'ARBITRAGE

Affaire n° 1512, Cour d'arbitrage,420° session, 24 fév. 1971, Doc. n°410/435, inédit

Affaire n° 1598, Cour d'arbitrage,425° session, 22 sept. 1971, Doc. n°410/1999, inédit

Affaire n° 1664, Cour d'arbitrage,431° session, 15 mars 1972, Doc. N°410/2038, inédit

Affaire n° 1713, Cour d'abitrage ;433° session, 10 mai 1972, Doc n°410/2195, inédit

Affaire n° 2585, Cour d'arbitrage,471° session, 15 Sept. 1976, Doc. n°410/2195,

Affaire n° 3267, Cour d'arbitrage,510° session, 14 juin 1979, Clunet, 1980,963 obs. Y. DERAINS

Affaire n° 3316, Cour d'arbitrage,511° session, 19 sept. 1979, Doc. n°410/3815, Clunet, 1980, 970, obs. Y. DERAINS

ETATS-UNIS

New-York Bank v. Palladino J.and First State Bank, Sup. Court of New-Jersey, 13 déc. 1976,368 A. 2d, 943 (1976)

Intraworld Ind. Inc. v. Girard Trust Bank, Sup. Court of Pennsylvania, 17 avril 1975, 461, Pa, 336 A éd. 316, (1975)

Chase Manhattan Bank v. Equibank, U.S. Court of Appeals, 16 fév. 1977, 550 F.2d. 882, (1977)

Nat. Surety Corp. v. Middland Bank, U.S. Court of Appeals 35 fév. 1977, 551, F. 2d., 21 (1977)

Bank of North Carolina v. The Rock Island Bank, U.S. Court of Appeals, 10 mars 1978, 570, F. 2d., 202 (1978)

Pringle Assoc. Mortgate v. Southern Nat. Bank of Hattiesburg, U.S. Court of Appeals, 20 avril 1978, 571 F. 2d., 871 (1978)

Corporation de Mercadeo Agricola v. Mellow Bank Int., U.S. District Court, 5 déc. 1978, 464, F. Suppl., 88 (1978)

Insurance Cy of North America v. Heritage Bank, U.S. Court of Appeals, 19 mars 1979, 595, F. 2d., 171, (1979)

East Girard Savings Assoc. v. Citizens Nat. Bank and Trust Cy of Baytown, U.S. Court of Appeals, 18 avril 1979, 593, F. 2d., 598 (1979)

K.M.W. Int. v. Chase Manhattan Bank, U.S. Court of Appeals, 10 août 1979, 606 F.2d., 10 (1979)

United Technologies v. Citybank, U.S., District Court, 23 mars 1979,469F. Supp.473 1979

FRANCE

Paris, 2 juin 1967, Rev. Jur. comm. 1967, 709, note E.M.

Paris 15 juin 1973, Rev. Jur. comm., 1973, 273

Paris, 8 déc. 1977, D., 1979, J. 259, obs. M. VASSEUR (à propos d'un cautionnement "marché public" national)

Aix, 31 mars 1978, inédit

Paris, 22 juin 1978, D., 1979, J., 259, obs. M. VASSEUR (à propos d'un cautionnement "marché public" national)

Rennes, 11 juillet 1978, inédit

Paris, 28 sept. 1978, inédit

Paris, 14 nov. 1978, D., 1979, J., 259, obs. M. VASSEUR

Paris, 1 juin 1979, inédit

Cass. 12 jui, 1979, Bull., 1979, IV, n°197 (à propos d'un cautionnement "marché public" national)

Paris 5 juillet 1979, D., 1980, J., 243, note H. SOULEAU (à propos d'une garantie donnée dans le commerce national)

Trib. G^{de} Inst. Paris, 13 mai 1980, D., 1980, J., 490 , note C. GAVALDA et J. STOUFFLET; R.T.D. Comm., 1981, 124, obs. M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE; J.C.P., 1981, éd. C.I., I, 10109, obs. C. MOULY; Banque, 1981,778, obs. L.M. MARTIN; J.C.P., 1981, éd. C.I.,II,13.552, note M. VASSEUR

Riom, 14 mai 1980 , D.,1981,J., 336, note M. VASSEUR

Trib. G^{de} Inst. Paris, 11 juillet 1980, D., 1981, J., 336, note M. VASSEUR

Trib. Gde. Inst. Montluçon 9 janvier 1961, D., 1981,J., 390, obs. M. VASSEUR

Paris, 29 janvier 1981, D., 1981, J., 336, note M. VASSEUR

Trib. comm. Paris, 24 mars 1981 (2° ord.), D., 1981, J., 482, note M. VASSEUR

Trib. Comm. Paris, 5 mai 1981, D., 1981, J., 482, note M. VASSEUR

Paris, 29 oct. 1981, J.C.P., 1981, II, 19702, obs. P. BOULOY

ITALIE

Pret. Reggio Emilia, 10 oct. 1978, Foro Pad. 1979, I.,C., 244, note M. RUBINO SAMMARTINO, Provvedimenti di urgenza nei rapporti internazionali

Pret. Reggio Emilia, 23 avril 1979, Foro Pad., 1980,I., 386, Note G. ABBATESCIANNI, Provvedimenti d'urgenza e fideiussioni bancarie di buona excuzione

Pret San Miniato, 18 juillet 1980, inédit

Pret Milano, 11 nov. 1980, inédit

Pret Ferrara, 9 déc. 1980, Foro Pad., 1980, I., 382, note G. ABBATESCIANNI, Provvedimenti di urgenza e fideiussioni bancarie di buona excuzione

Pret. Bologna, 17 mars 1981, inédit

ROYAUME-UNI

Sinason-Teicher inter American Grain Corp. v. Oilcakes and Oilseeds Trading Cy Ltd, Queen's Bench Div., 26 mai 1954, 2, All E.R., 1954, 497

R.D. Harbottle Ltd, Queen's Bench Div., 26 janvier 1977, 3 W.L.R., (1977), 752, Kerr J.

Howe Richardson Scale Cy Ltd v. Polimex Cekop and Nat. Westminster Bank Ltd, Court of Appeal, 23 juin 1977, Bar Library Transcript, 1977, n° 270,C.A.; 2 Lloyd's Rep. 161, Roskill L.Y.

Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank Int. Ltd, Court of Appeal 15 juillet 1977, 3 W.L.R., 1977, 765, Lord Denning, Browne and Geoffrey Lane L.J.J.

Hyundai Heavy Ind. Co Ltd v. Papadopoulos and Others, Queen's Bench Div., 1 avril 1980, 2 All. E.R., 1980, 32, Viscount Dilhorne

The State Trad. Corp. of India Ltd v. E.D.&F. Man Ltd and The State Bank of India, Court of Appeal, 17 juillet 1981, inédit, Lord Denning

III SUJETS PARTICULIERS

A. ACTE UNILATERAL-ACTE ABSTRAIT-CAUSE-GROUPE DE CONTRATS

1. TRAITES-THESES-MONOGRAPHIE

BAHR O., Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1°éd., Kassel und Göttingen,1855 2°éd., Kassel und Göttingen,1857, 3°éd., Kassel und Göttingen,1894

BETTI E., Teoria generale delle obligazione, Milano, 1953-1954,VOL II

BOYER L., La notion de transaction- Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif- Thèse, Toulouse, 1947

CAPITANT H., De la cause des obligations (Contrats, engagements unilatéraux, legs) 3°éd., Paris, 1927

CASSIN R., De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimplete contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, Thèse, Paris, 1914

CHEDEVILLE D., La liaison entre les contrats, Thèse, Paris, 1977

CREUTZIG I., Das selbstandige Schuldversprechen, Thèse, Basel, 1968

DABIN J., La théorie de la cause, Thèse, Liège, 1919

DE PAGE H., L'obligation abstraite en droit interne et comparé, Bruxelles, 1957

DE NOVA G., Il tipo contrattuale, Thèse, Padova, 1974

FERRI G.B., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966

GHESTIN J., La notion d'erreur dans le droit actuel, Thèse, Paris, 1971

HAUSER R., Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse, Paris,1970

KÜBLER F., Fetstellung und Garantie, Tubingen, 1967

LARROUMET C.,Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, Thèse, Bordeaux, 1968

MARTIN de la MOUTTE J., L'acte juridique unilatéral - Essai sur la notion et sa technique en droit civil, Thèse, Paris, 1951

MAURY J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, 2 tomes, Thèse, Paris, 1920

POULLET Y., Apport de la théorie aristotélicienne de la causalité à l'étude de la notion de cause de l'acte juridique, Mémoire, Louvain, 1978

TEYSSIE B., Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 1975 ...

2. ARTICLES

CASSIN R., Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, Rev. Trib. dr. civil, 1945, 159 ...

COHN E., Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte, AcP, 135,67

CREUTZIG I., Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite, Rev. Int. dr. comp., 1969, 369

COIPEL M., La théorie de l'engagement par volonté unilatérale, note sous cass. 18 déc. 1974, R.C.J.B., 1980, 65

EHMANN H., Die Funktion des Zwecksvereinbarung bei der Erfüllung - Ein Beitrag zur causa solvendi, J.Z., 1968, 554 et ss.

GIORGIANNI M., V°causa (diritto privato), Enciclopedia del diritto, Milano, Tome 6, 1960, 547

HEBRAUD Ph., Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in Mélanges J. Maury, Tome II, 1960, 419

KOZIOL H., Zur Gültigkeit abstrakter Schuldverträge im Osterreichisten Recht, Gedenkschrift für F. Gschnitzer, Innsbruck, 1969

RAISER L, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Festschrift Deutscher Juristentag, Karlsruhe, 1960, Tome II,100

SACCO R., Autonomia contrattuale e tipi, Riv. dir. e proc. civ., 1966, 785

SCALISI V., V° Negozio Astratto, Enciclopedia del diritto, 1978, 53

VAN OMMESLAGHE P., Observations sur la théorie de la cause, note sous cass., 13 nov. 1969,R.C.J.B., 1970, 358

VAN RIJN J., L'engagement par déclaration unilatérale de volonté, Mélanges J.DABIN, 1960, 953

VIVANT M., Le fondement juridique des obligations abstraites, D., 1978, Chron.39

ZEISS W., Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, J.Z.,1963, 7

ZWEIGERT K., Serisitätsindizien, J.Z., 1964, 349; Du sérieux de la promesse, Rev. Int. dr. comp., 1964, 33

B. SÛRETES PERSONNELLES

1. Traités-Monographies-Thèses

BÄRMANN J., Les garanties de crédit en droit allemand, Paris, 1978

BÄRMANN J.,Recht der Kreditsicherheiten in Europäischen Landern, Teil I, Bundesrepublik Deutschland, Berlin, 1976

BASTIN J., L'assurance-crédit dans le monde contemporain, Paris 1978

BECKER L, Personliche Kreditsicherungen im deutschen und französichen Recht, Berlin, 1974

BÖNNER M., Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft, Thèse, Köln, 1958

BOULANGER J., La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, Paris, 1933

CIDIS, Le garanzia reali e personnali nei contratti bancari, Milano, 1976

DE MARCO M.- SPARANO E., La fideiussione bancaria, Milano, 1978

FONTAINE M., Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, Thèse, Bruxelles, 1966

FRAGALI M., La fideiussione, Commentario al codice civile (a cura di SCIALOJA e BRANCA), Obbligazioni, Bologna-Roma, 1962

GIOVANNI S., Kommentar ad art. 492-512 O.R., Berner Kommentar zum Z.G.B., Titre 20, Tome 5, a, Zurich, 1978

HARTLEY T.C., Les contrats de cautionnement et de garantie dans le droit interne du Royaume-Uni, de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Travaux de la commission des Communautés Européennes, Série concurrence, n°28, BRUXELLES, 1973

HUC Th., Commentaire théorique et pratique de code civil, Tome 12, art. 1984 à 2091, Paris

KLETT D., Der Schutz des Bürgen unter besonderer Berücksichtigung der Formularpraxis der Kreditinstitute, Thèse, Freiburg i/Br., 1971

MAX PLANCK INSTITUT (Hambourg), Le cautionnement dans le droit des pays membres de la communauté européenne, Travaux de la commission descommunautés Européennes, Série Concurrence, n°14, Bruxelles, 1971

RAVAZZONI A., La fideiussione, Parma, 3°éd., 1975

MOULY C., Les causes d'extinction du cautionnement, Thèse, Montpellier, 1977

ROSSI G., L'avallo come garanzia cambiaria tipica, Thèse, Milano, 1962

STRANART THILLY - HAINZ, Recht der Kreditsicherheiten im europaïschen Landern, Teil III, Belgïe, Berlin, 1978

SURETES PERSONNELLES (les), Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Editions de la Librairie Encyclopédique,
I° partie: Synthèse générale- Civilisations archaïques, antiques, islamiques et orientales :T.XXVIII (Bruxelles, 1974)
II°partie: Moyen Age et temps modernes:T.XXIX (Bruxelles, 1971)
III°partie:Période contemporaine, T.XXX (Bruxelles, 1969)

TROPLONG R., Droit civil, T.XVII, Du mandat, du cautionnement et des transactions, Paris, 1846

WATTIEZ J.P., La cautionnement bancaire, Thèse Lille, 1964

WENTZEL K., Das Scheckkartenverfahren der deutschen Kreditinstituten, Thèse, Köln, 1974

2. ARTICLES ET NOTES

BENNETT C., V° Guarantee, Halsbury's Laws of England, 4°éd., London, 1978

BETTERMANN K.A., Akzessorietät und Sicherungszweck der Bürgschaft, N.J.W.,1837

CAPOTOSTI B., In tema di garanzie cauzionali prestate dalle imprese di assicurazione, in CIDIS, Le garanzie reali e personali nei contratti bancari, Milano, 1976, 79

DOW P., Guarantee and Indemnity, Halsbury's Laws of England, 3°éd., vol. 18, 1957

FAVARA E., Rinuncia preventiva del fideiussione di obbligazione futura all'eccezione di liberazione per mutamento delle condizioni patrimoniale del debitore, note sous Cass., 7 août 1967, B.B. e Tit. di C., 1967, II, 520

FAVARA E., Fideiussione di obbligazione principale e validata delle clausola che estende la garanzia fideiussione anche a tale ipotesi, Econ.e cred., 1974, 936

FRAGALI M., Il richiamo a norme dell'avallo nel regime convenzionale della fideiussione, B.B. e Tit. di C., 1967, I., 313

FRAGALI M., V° Fideiussione, Enciclopedia del diritto, Milano, 1968.

FRAGALI M., Recente indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria, B. B. e Tit. di C., 1972, 515

GAVALDA G.-PARLEANI G., V° garantie et sûretés en matière d'opérationsde crédit, Juris Classeur commercial, Annexes, Banque et Bourse, fasc. 36, 1974

GERI V., Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e dellla loro natura, note sous Cass., 7 sept. 1968, Assic., 1969, II, 123

JESTAZ Ph., V° cautionnement, Dalloz, Répertoire de droit civil, 1970

KLUYSKENS O., De contracten, Tome 6, Borgtocht, n°532 à 564, 2°éd., 1952

MANCINI T., Intorno alla causa della fideiussione, Giust. civ., 1969, IV, 61

MARWEDE J., Cautionnement avec renonciation à l'exception de transaction - Nature juridique - Contrat de garantie, note sous O.L.G.Frankfurt, 22 oct. 1974, B.B., 1975, 985

MEDICUS D., Die Akzessorietät im Zivilrecht, Ju S., 1971, 497

MEINERTZHAGEN -LIMPENS A., V° Cautionnement, Répertoire pratique de droit belge, Complément, Tome 5, 1978

MEREGALLI D., La polizza fideiussoria Esperienze comparatistiche, Tesi di Laurea, Milano, 1980

MICHEL R., Les risques normaux et les risques extraordinaires dans l'assurance des crédits commerciaux, R.G.A.T., 1936, 25

MUNGARI V., Sulle Garanzie cauzionali (Contracts Bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all'estero, ASSIC., 1979,47

NOCELLI, Promessa del fatto illicito del terzo, contratti unilaterali e causa indiretta dell'obbligazione, note sous Cass., 19 déc. 1975, Foro it., 1976,1583

PARTESOTTI G., Polizza fideiussoria e "note di credito", B.B. e tit. di C., 1979 II, 202

POULLET Y., Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Assur., 1979, 5

RAVAZZONI A., Fideiussione in luogo di cauzione, Assic., 1959, I,267

RAVAZZONI A., V°Fideiussione, Nuove digesto Italiano , Tome 7,1961,274

RAVAZZONI A., Le C. D. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, in Le operazioni bancarie, a cura di G.B. Portale, Milano, Tome 2,1025

REMOND-GOUILLOUD M., L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, J.C.P., 1977,I,2850

SIMLER Ph., V°Cautionnement,Juris-classeur-civil, art.2011-2020,3fasc., 1973; art.2021-2027,1974;Art.2028-2033, 1974,art2034-2039, 1974

SIMONT-BRUYNEEL A., Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier, note sous Cass., 7 janvier 1972, et Brux. 23 janvier 1973, R.C.J.B., 1974, p.204

WATTIEZ J.P., La cautionnement bancaire - Le domaine du cautionnement, Juris-classeur-commercial, Annexe, Fasc. 34,11; 1965

C. CREDIT DOCUMENTAIRE

1. OUVRAGES

BEYER J.,L'irrévocabilité de l'engagement du banquier dans les crédits documentaires irrévocables, Thèse, Paris, 1953

BONTOUX C., EPSCHTEIN S., Sécurités et précarités du crédit documentaire, Paris, 2° éd., 1978

BORGGREFE W., Akkreditiv und Grundverhältnis, Thèse, Berlin, 1971

EISEMANN F., EBERTH R., Das Dokumentenakkreditiv in Internationalen Handelsverkehr, 2°éd., Heidelberg, 1979

ELLINGER P., Documentary Letters of Credit, Singapore, 1970

GESSLER J.H., Pfändungen in Akkreditiv, Thèse, KÖLN,1967

WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, Thèse, Köln, 1975

STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse, Paris, 1964

2. ARTICLES

ADEN M., Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegunstigten durch den Akkreditivauftraggeber, RIW/AWD, 1976, 678

EPSCHTEIN S., Les crédits documentaires et la fraude, Banque, 1978, 587

EPSCHTEIN S., Saisie-arrêt au préjudice de l'acheteur, Banque, 1968, 505

EPSCHTEIN S., Du recours de la banque contre le bénéficiaire du crédit documentaire, Banque, 1950, 696

EPSCHTEIN S.,Les crédits documentaires et la saisie-arrêt, Banque, 1979, 739

ERMAN W., Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank, in Festschrift für Rittershausen "Geld-Kapital und Kredit", Stuttgart, 1968, 261

MICHELI G.A., Misure cautelari ed esecutive aventi per oggetto crediti documentari, B. B. e Tit. di C., 1960, I, 167

PILGER G., Einstweiliger Rechtsschutz des Kaufers und Akkreditivstellers wegen Gewährleistung durch Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigten, RIW/AWD, 1979,588

STAUDER B., Das Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, in Liber Amicorum A.F. Schnitzer, Genève, 1979, 433

STOUFFLET J., V° Credit documentaire, Dalloz, Encyclopédie droit commercial, 2°éd., 1970

ULMER E., Akkreditiv und Anweisung, AcP 126,

VAN DER GUCHT J., La saisie-arrêt en matière de crédit irrévocable, Rev. Banque, 1952, 162

3. NOTES-OBSERVATIONS

BEUS (de) P., Credit documentaire - Mauvaise foi du bénéficiaire, Note sous trib. comm. Bruges 14 juin 1952, Rev. Banque, 1952, 583

CABRILLAC R., Crédit documentaire - Nature juridique - Autonomie, Note sous Cass., 23 mars 1955, J.C.P., 1955,II, 8838

CAEMMERER von E., Crédit documentaire - Abstraction, Note sous BGH, 18 sept. 1958, J.Z.,1959,364

CARBONNIERES de A., Crédit documentaire - Saisie - Arrêt, Note sous Trib. civ. Seine, 7 mars 1949, Banque, 1949, 431

CARROZZA F., Alcuni appunti sul diritto di rivalsa della Banca nei crediti documentari, B. B. e Tit. di C., 1958, II,541

CUNEO (avocat général) Crédit documentaire - Saisie-arrêt, Conclus. sous Paris 16 juin 1950, J.C.P., 1950, II, 5910

FERRARA C., Crédit documentaire - Mauvaise foi du vendeur, note sous Trib. Florence, 14 janvier 1950, B. B. e Tit di C., 1950,II, 279

LESCOT P., Crédit documentaire - Autonomie,note sous Cass. 20 oct. 1953;4 mars 1953; 8 déc. 1953, S., 1954,I,121

MARAIS G., Crédit documentaire - Saisie-arrêt, note sous Trib. civ. Seine 7 juin 1949, D., 1949,398

MOLLE G., Crédit documentaire - Abstraction - Commerce avec l'ennemi, note sous Trib. civ. Rome, 28 juillet 1941, B. B. e tit. di C., 1941,II,153

STOUFFLET J., Crédit documentaire - Saisie-arrêt, Note sous Cass., 6 février 1967, J.C.P., 1968, II, 15364

VALIGNANI M., L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionale, Note sous Trib. Bologna, 15 mai 1981,B. B. e Tit. di C., 1981, 170

D. CONTRATS INTERNATIONAUX

BEGUIN J.P., Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement, Thèse, Genève, 1972

BOON J.A., GOFFIN R., Les contrats "clé en main", Paris,1981

BRABANT G., Le contrat international de construction, Bruxelles, 1981

CONTRAT ECONOMIQUE INTERNATIONAL (le), Stabilité et évolution, Travaux des VII° journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, 1975

DUPIN de SAINT CYR P., Les contrats d'exportation, Modèles et commentaires, Paris, 2°éd., 1973

FONTAINE M., Les clauses de hardship - Aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats à long terme, Travaux du groupe de travail : Les contrats internationaux, D.P.C.I., 1976,7

FONTAINE M., Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux Travaux du groupe de travail: Les contrats internationaux, D.P.C.I.,1977,73

FONTAINE M., Les clauses de force majeure dans les contrats internationaux, Travaux du groupe de travail: Les contrats internationaux,D.P.C.I.,1979,469

GARANTIES de résultat et transfert de techniques, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, Montpellier, 1977

HASSLER T., Les contrats de construction d'ensembles industriels, Thèse,Strasbourg, 1979

HORN N., Neuverhandlungspflicht, AcP, 181, 256

HUBERT A., Le contrat d'ingéniérie-conseil, Paris, 1981

HUDSON'S W., Building and Engineering Contracts, Londres, 10°éd., 1977 (par I.N. DUNCAN WALLACE)

LEDOUBLE D., L'entreprise et le contrat, Thèse, Paris, 1980

LESGUILLONS H., Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, D.P.C.I., 1979, 507

LE TOURNEAU Ph., V° Ingéniérie et transfert de technologie, J. cl. comm., Annexes, Fasc.28,

MERCADAL B., Ordre public et contrat international, D.P .C.I., 1977,457

PETERSEN E., Vente d'ensembles industriels et conditions FIDIC (Génie civil), D.P.C.I., 1978,221

POPESCO C., Les contrats clés en mains, D.P.C.I., 1980

(les) PROBLEMES du long terme, Compte rendu du colloque de Tours, Le contrat international à long, D.P.C.I., 1979,141

REGO C., Le financement de la grande exportation, Annales de sciences Economiques appliquées, Louvain, décembre 1981

SALEM M. - SANSON M.A., Les contrats "clé en main" et les contrats "produit en main" - Technologie et vente de développement - Paris, 1979

TEYSSIE B., Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingéniérie et à la multiplicité des participants à une vente d'usine en complet état de production, in Garanties de résultat et transfert de technique, Montpellier, 1977,136

TYDGADT E. - BOON J.A., Les contrats d'installation clé sur porte, in Les contrats d'engineering, Travaux de la C.D.V.A., Liège, 1964

VAN DEN BOSCH A., Le financement à moyen et long terme des exportations de biens d'équipement, Fabrimétal, 1980

VAN OMMESLAGHE P., Les clauses de force majeure et d'imprévision (Hardship) dans les contrats internationaux,R.D.I.D.C., 1980,7

E. DROIT JUDICIAIRE

BAUMBACH A., LAUTERBACH E., ALBERS , Z.P.O.,Kommentar,39éd., 1981

CEZAR BRU Ch. -HEBRAUD P. - SEIGNOLLE J. - ODOUL G., Juridiction du président du tribunal, Tome 1,Des référés, Paris, 1976

HERDEGEN M., Einstweiligen Rechtsschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichen der Betrachtung, RIW/AWD,1981,304

LEVAL de G., Saisie-arrêt et opposition, J.T., 1979,669

RIGAUX F., Droit international privé, Précis de la faculté de droit de Louvain, Bruxelles, 2°éd., 1977

ROUARD P., Traité élémentaire de droit judiciaire privé, Bruxelles, Tome 2,1975

SOLUS H. - PERROT R., Droit judiciaire privé, Tome 1, 1961

STRANART A.M., Saisies-arrêts en banques, Conf. donnée à la chambre de commerce de Bruxelles, 2 octobre 1980, Service des intermédiaires financiers

VEROUGSTRAETE I., Het korte Geding, in Processrecht Vandaag (éd. M. Storme), Antwerpen, 1980,258

VINCENT J., Voies d'exécution et procédures de distribution, Précis Dalloz,Paris 12°éd., 1976

NOTES

NOTES DE L' INTRODUCTION GÉNÉRALE

(1) Graf von WESTPHALEN F., Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel, W.M., 1981, 301:
"Puisque 99 % de toutes les garanties bancaires émises par l'ensemble des instituts bancaires allemands se déroulent sans aucune difficulté et que seul 1% des cas amène des controverses et des disputes ... il apparaît insensé, faux -et ce à cause de quelques cas d'abus- de changer l'ensemble du système consacré de la garantie bancaire abstraite".

(2) HUBERT A., Quelques réflexions à propos du colloque de la F.E.D.U.C.I. sur les garanties bancaires dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1980, 583 et s. Cf. en outre STUMPF H., Frequent Abuses of Contract Guarantees and Attemps at such Abuses, in Liber Amicorum F. Eisemann, Paris, 1978, 141.

(3) LESGUILLONS H., Histoire, Signification et Pratique des garanties, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, Paris, 1981, 9.

(4) Le rapport introductif des Règles uniformes relatives aux garanties contractuelles adoptées le 20 juin 1978 énonce : *"Par ailleurs, on a été soucieux en posant le principe de la nécessité de justifier toute demande de réalisation de garanties, de moraliser la pratique des garanties ... C'est pourquoi il n'a pas été estimé souhaitable d'inclure des règles applicables aux garanties dites simples ou à première demande en vertu desquelles les demandes sont à satisfaire sans présentation d'une preuve de leur bien-fondé !"*

(5) Depuis l'adoption des règles uniformes, les travaux de la C.C.I. ont repris sur les garanties à première demande.

(6) On reviendra sur la signification de ce slogan propre au droit cambiaire mais fréquemment repris à propos de la garantie automatique.

TITRE I - NOTES

(1) Sur l'existence de diverses formes de garantie automatique dans le commerce national, v. POULLET Y., Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance, Bull. Assur.,1979, 5 et s.; RAVAZZONI A., Le c. d. cauzioni fideiussorie o polizze fideiussorie, in Le operazioni bancarie, a cura di G.B. PORTALE, Milano, Tome 2, 1025 et s.; LESGUILLONS H., Histoire, signification et pratique des garanties, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 1 et s. Plusieurs décisions relatives à la garantie automatique concernent des "cautions" réglementaires émises dans le commerce national, ainsi: Paris, 22 juin 1978 et 8 décembre 1977 (D. 1979, J.,259, obs. M. VASSEUR).

(2) Sur le contrat international de construction, v. BRABANT A., Le contrat international de construction, Bruxelles, 1981; HASSLER T., Les contrats de construction d'ensembles industriels, Thèse, Strasbourg, 1979;BOON J.A.-GOFFIN R., Les contrats"clé en main", Paris, 1981; HUDSON W., Building and Engineering Contracts, 10°éd., Londres, 1977.

(3) Cf. à ce sujet, le tableau des risques des contrats internationaux : BRABANT A., op. cit., 90 et s..

(4) Sur la notion de risque de crédit, ses différents facteurs et son évolution, v. notamment BASTIN J., L'assurance crédit dans le monde contemporain, Paris,1978 (en particulier les pp. 110 et s.); FONTAINE M., Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, Thèse, Bruxelles, 1966.

(5) Sur les mouvements de concentration des entreprises dans le secteur de la grande exportation, cf. PERROUX F.,Vouloir être compétitif, Colloque de l'Institut des Sciences Mathématiques et Economiques Appliquées, Les formes actuelles de la concurrence dans les échanges internationaux, Paris, Mars 1980.

(6) Citons les difficultés de trésorerie qu'a connues le Nigéria en 1977 et qui mirent en péril la société anglaise Tarmac Ltd.

(7) Il s'agit, en termes d'assurance-crédit, d'un *"risque de non-paiement sur établissements publics ou assimilés"*.A ce propos, v. ROBERT J., Le risque d'insolvabilité, Ventes réalisées avec les organismes publics, Bulletin d'Informations, Assurances du crédit, 1978, n°1,3 et s..
Ce risque est couvert en dernier ressort par les organismes étatiques d'assurance-crédit.

(8) *"Certes, ces marchés ne pardonnent pas les erreurs de gestion, ni la dispersion excessive des moyens,ni l'amateurisme; les échecs spectaculaires ne furent pas rares, ni les faillites"* (BRABANT A., op. cit., 38 et s.).

(9) Ce risque est moins présent dans les opérations de vente à exécution instantannée.

(10) L'entrepreneur peut également nourrir des craintes sur la capacité technique du maître de l'ouvrage, notamment lorsque le travail du premier se fait en collaboration avec des préposés du second.

(11) On peut se demander si le fait que les contrats à la grande exportation sont réalisés pour la plupart par des groupements bien connus ne diminue pas la valeur de l'affirmation. Sur les grandes sociétés de construction et de génie civil, v. BRABANT A., op. cit., n°26 et s. et les nombreuses références reprises.

(12) Sur ces risques catastrophiques, cas de force majeure , v. infra, n°73 et sur l'étude des clauses de force majeure dans les contrats internationaux.

(13) HARMAN L.J. in Court of Appeal (1960), 2 Q.B., 318-370, arrêt cité par LESGUILLONS H., Frustration, Force majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftgrundlage, D.P.C.I., 1979, 513.

(14) Ces deux derniers risques politiques sont également dénommés "risques de transfert".

(15) Autres événements qualifiables de "risque politique" : putsch militaire, nationalisation, annulation des licences, saisies d'actifs, etc...
Pour la Coface (art.2 de la police globale d'assurance), il y a risque politique *"lorsque le débiteur étranger ne s'est pas acquitté de sa dette par suite soit d'une guerre civile ou étrangère, d'une révolution ou d'une émeute survenue dans le pays de résidence du débiteur, soir d'un acte ou d'une décision du gouvernement du pays du destinataire."*
Sur la définition du risque politique, voir aussi CHRISTOPEIT J., Hermes Deckungen, München, 1968, 20 et s..

(16) Le lecteur trouvera une analyse de droit comparé entre ces diverses intitutions in CHRISTOPEIT, op. cit., 77 et s..

(17) K.M.W. Int. v. Chase Manhattan Bank, U.S.A. Court of Appeal, 10 août 1979, 606 F.,2d. 10 (1979), étudié infra n° 127.

(18) Il s'agit du système dit du "dépeçage" qui soumet le contrat à plusieurs lois différentes. Sur cette pratique, lire les conclusions de l'enquête réalisée par VERWILGHEN M., et RAVET-GOBBE A.,Une enquête sur la pratique du contrat international dans les milieux d'affaires belges, in Travaux de la VII°journée juridique Jean Dabin, Bruxelles, 1975,317.

(19) Le "Guide sur la rédaction de contrats relatifs à la réalisation d'ensembles industriels" publié par les Nations-Unies recommande de soumettre à la même procédure tout litige résultant de la construction d'un même ensemble.

(20) A ce propos, l'article déjà ancien de NEUMEYER K., Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé, R.C.D.I.P.,1957,579; 1958,53; plus récemment, MERCADAL B., Ordre public et contrat international, D.P.C.I., 1977,457.

(21) Comme l'exprime VAN UIJTVANK H.: (La pratique d'entreprises belges en matière de contrat international : synthèse d'un débat, Travaux de la VII° journée juridique J. Dabin, Bruxelles, 1975,409 et s): *"Cela suppose bien sûr que toute garantie de sérieux et d'objectivité soit acquise. Il n'est pas douteux qu'une telle garantie est le premier souci des parties et doit être le critère principal du choix. A cet égard, sera pris en considération le fait que la juridiction proposée par une partie se situe dans un même contexte judiciaire que celui que connaît l'autre partie..."*

(22) A cet égard, l'article de BREDIN D., La paralysie des sentences arbitrales par l'abus des voies de recours, Clunet, 1962,638 et de BERNARD A., L'exécution des sentences arbitrales en Belgique, R.D.I.D.C., 1958,193.

(23) Cf. notamment COURTEAULT et FLECHEUX, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la Cour de cassation française, Rev. Arb., 1978,345; SCHLOSSER J., La procédure des voies de recours en matière d'arbitrage, Etude de droit comparé, Rev. Arb., 1978,365; LEW J., La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, in Travaux de la VII° journée juridique J. Dabin, Bruxelles,1975,152.

(24) Sur le risque de change, v. SCHOENTJES-MERCHIERS Y., De waardebeveilingsbedingen in het Recht van de landen der E.E.G., Bruxelles, 1968; FONTAINE M., La protection de l'entreprise contre le risque de change, Rev. de la Banque, 1971, 728.

(25) A cet égard, v. les chiffres données par BRABANT A.,op. cit. 249.

(26) Cette pratique sud-américaine s'appelle la "boleta de garantia". Sur cette institution, v. CREMADES J.A., VALLUIS M.A., ZIVY I., Droit et pratique des garanties en Amérique Latine, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981,83 et s..

(27) Certains auteurs voient dans cette forme de sûreté réelle l'origine et la justification de la garantie automatique (Sur ce point, v. infra, en droit allemand, n°146, en droit italien, n°180 et 192.).

(28) V. à ce propos, le compte-rendu du premier Colloque de Tours, Les problèmes du long terme, D.P.C.I., 1979,141 à 171.

(29) FONTAINE M., Les clauses de Hardship dans les contrats internationaux, D.P.C.I., 1976,7 et s.. Sur la signification de ces clauses de Hardship, v. infra, n°73 et s..

(30) BRABANT A., op. cit.,73; KAHN Ph., Typologie des contrats de transfert de technologie et développement, Actes du Colloque de Dijon, Paris, 1977, 510 et s.; JUDET P. et PERRIN J., Du clé en main au produit en main, Mondes en développement, n°14, 1976,395; SALEM M., et SANSON M.A., Les contrats "clé en main" et les contrats "prosuit en main", Paris, 1979,46 et s.; HASSLER Th., Les contrats de construction d'ensembles industriels,op. cit., n°4 et s. (Hassler ajoute à ces types, le contrat "profit en main".)

(31) TEYSSIE B., Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingéniérie et à la multiplicité des participants à une vente d'usines en complet état de production, in Garanties de résultats et transfert de techniques, Montpellier, 1977,140.

(32) L'appellation "clé en main" "lourd" est reprise de SALEM M., SANSON M.A., op. cit., 47.

(33) Sur cette diversité de nature juridique des prestations intégrées dans le contrat de construction d'ensemble industriel complet et les difficultés que cette diversité entraîne lors de la qualification de l'ensemble contractuel, v. l'exposé de HASSLER Th., op. cit., n°230 et s.

(34) *"Actuellement, la complexité du contrat et de son objet impose aux parties un long cheminement et beaucoup d'incertitudes."*(BRABANT A., op. cit.,112)

(35) Sur cette décomposition, v. BAYER L., L'exportation des connaissances et la vente de projets industriels, Paris, 1977, 11 et s.

(36) Sur cette question, nous renvoyons le lecteur à l'étude de M. FONTAINE, Les lettres d'intention, dans la négociation des contrats internationaux, D.P.C.I., 1977, 83 et s.; VANWIJCKE-ALEXANDRE M., La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats, Ann. Fac. dr. Liège, 1 et s.

(37) Ces études sont rarement rémunérées (HASSLER Th., op. cit., n°96 et s. et les références citées.)

(38) La garantie de soumission délivrée en faveur du maître d'oeuvre constituera pour ce dernier la couverture de ce risque.

(39) TEYSSIE (Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 164) parle de l'indivisibilité "subjective" de ces contrats. Cf. aussi BOULANGER J., Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, R.T.D.C., 1950,9: Ces conventions: *"s'expliquent les unes par les autres ... correspondent les unes et les autres à l'exécution d'un même dessein"* et l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 févr. 1967 , J.C.P., 1967, III, 447, obs. PROMPT P. et VERSINI J.P.

(40) Sur les raisons pour lesquelles la multiplication des contrats est rejetée par les maîtres d'ouvrage, v. infra, n°76 ET 77.

(41) Sur le développement de la pratique de la sous-traitance, v. VALENTIN G., Le contrat de sous-traitance, Paris, 1979,3 et s.

(42) Ce groupement est également nommé "pool" ou "joint venture".

(43) A propos des différentes formes de groupements des entreprises à l'exportation, v. notamment DUBISSON M. , Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux, Paris, 1979.

(44) Le maître d'oeuvre désirera dès lors imputer à une entreprise du groupe la responsabilité globale du marché. Sur ce point, v. infra, n°76.

(45) V. supra, n°16 et s.

(46) La distinction entre le crédit documentaire, moyen de paiement et la garantie, sûreté personnelle est développée dans les différents droits. Cf. en particulier, pour le droit américain, infra, n°110.

(47) Il faut souligner que le droit cambiaire anglais ne connaît pas l'aval et que dès lors, le banquier dut chercher dans une autre forme d'engagement cambiaire, l'acceptation, la garantie idoine des engagements de son client. Pour l'historique de l'acceptation bancaire, lire notamment HENRION R., Aspects juridiques et économiques du crédit à court terme, Bruxelles, 2°éd., n°96 et s., DIERYCK A., Les ouvertures de crédit, Bruxelles, 1945, 177 et HARFIELD H., Bank Credits and Acceptances, New-York, 5°éd., 1974, 117 et s.

(48) A ce propos, lire HAMEL J., Les formes internationales de crédit bancaire, Recueil des Cours de l'académie de La Haye, 1935, T.51.

(49) VAN MAELE A., Droit bancaire, Novelles, n°160.

(50) V. supra n°16 et s.

(51) C'est ce que les auteurs allemands appellent le "Sinn und Zweck", les auteurs italiens la "funzione economica e sociale". Sur l'importance de ces notions, v. infra, n°170 et 190 et s.

(52) La formule est de KÜBLER (Feststellung und Garantie, Thèse, Tubingen,1969, 189).

(53) La remise des documents donne souvent lieu à l'émission d'une acceptation bancaire ou d'une lettre de change tirée sur l'importateur avec l'aval de la banque. Ces traits sont dans la majorité des cas stipulées payables "sans recours" (without recourse) du banquier contre l'exportateur, bénéficiaire du crédit documentaire.

(54) Par exemple, le document attestant que la marchandise n'a pas transité par les ports de tel pays, etc...

(55) Conformément à l'article 8 (a) des règles et usances de la C.C.I.; *"Dans les opérations de crédit documentaire, toutes les parties intéressées ont à considérer les documents à l'exclusion des marchandises."*

A propos du devoir du banquier de vérifier la stricte conformité des documents présentés par rapport à ceux stipulés, on citera l'attendu de Lord SUMMERS (in Equitable Trust Cy of New-York v. Dawson Partners (1927), 27 Lloyd's Rep. H.L., 49; repris in Courtaulds North America Inc., v. North Carolina Nat. Bank,U.S. Court of Appeals, 528 Féd. R., 2d, 802 (1975)):*"There is no room for documents which are almost the same, or which will do just as well."* . Comp. en France, la déclaration de MARAIS (Des ouvertures en banque de crédit confirmé ou non confirmé, Paris,1953, 27) : *"La conformité absolue des documents est une règle de droit strict qui dans ce genre de marché ne prête à aucune interprêtation."*

(56) Le principe est développé dans tous les droits. On citera HEENEN J., Le crédit irrévocable, Rev. Banque, 1952? 452; FREDERICQ L., Traité de droit commercial belge, T. IX, 312 et s. ; STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse Bordeaux, 1957, n°381 et s.; WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, Thèse, Köln, 1974,18-37 ; CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, Berlin, 1975, Anm. 469; MOLLE G., I contratti bancari, Milano, 1966,474.

(57) V. notamment ZAHN J., Zahlung - und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 5°éd., Berlin, 1977, 156; SCHÖNLE H., Bank und Borsenrecht, München, 2°éd., 1976,311. Cf. en outre, la section 5-105 de l'Uniform Commercial Code américain : *"It is not to be expected that a financial intitution will engage its credit without some form of expected remuneration. But it is not expected that the beneficiairy will know what the remuneration was, or whether in fact there was any identifiable remuneration in a given case..."* Pour d'autres références, v. WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, Thèse, München, 1975, n°88.

(58) *"...Dans un tel cas* (l'ouverture d'un crédit documentaire), *le banquier doit payer les documents, nonobstant toute opposition qui serait fondée sur une plainte en justice sur base du contrat d'achat. Une telle défense doit se régler entre l'acheteur et le vendeur".* (Urguhart Lindsay & Cy v. Eastern Bank,(1922) 1K.B., 318); Cf. en outre l'avis du Lordrichter JENKINS dans l'affaire Hamzeh Malas & Sons v. British Imex Ind. Ltd. ((1958) 2 Q.B. 127) .

(59) Cass 23 mars 1955, J.C.P., 1955, II, 8838, note M. CABRILLAC ; American Steel v. Irving Nat. Bank (1920), 266 Fed., 41,43.

(60) O.L.G. Dusseldorf,13 juillet 1926, J.W., 1927, 1496, n°2 ; B.G.H.Z., 28,129; Paris, 21 mai 1966, J.C.P., 1967,II, 14956.

(61) Rome, 30 avril 1942, Riv. dir. comm., 1943, II,45, note DON ADDO); R.G. 16 Févr. 1923, R.G.Z. 106, 305.

(62) C'est que la doctrine allemande appelle le "Mittlerrolle" (le rôle d'intermédiaire) (neutre) de la banque.

(63) En ce sens, les conclusions de la thèse de M. STOUFFLET, Le crédit documentaire, Thèse, Paris, 1957; cf. également HENRION R., Aspects juridiques et économiques du crédit à court terme, Bruxelles,1945, n°170 et GUTTERIDGE H.C.- MEGRAH M. The Law of Bankers'commercial Credits, London, 6°éd., 1979, 2 et 3.

(64) Les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires furent révisées pour la dernière fois en 1974. (Publication de la C.C.I., n°290). Un groupe de travail "Révision des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires" est institué de façon permanente à la C.C.I.

(65) =Anzahlungsgarantie (en allemand); =Repayment guarantee ou Prepayment Bond (en anglais); =Terugbetalinggarantie (en néerlandais).

(66) Par exemple, la fabrication et le montage de turbo-réacteurs aux caractéristiques non standards : dans de telles opérations, on voit apparaître non seulement les garanties de restitution d'accompte, mais également des garanties de bonne exécution (infra,n°50) pour assurer la réalisation parfaite des opérations de livraison et de montage, voire des garanties de retenue destinées à couvrir les vices qui se révèleraient après mise en marché de la machine. Dans les affaires à l'origine des décisions jurisprudentielles qui seront étudiées par la suite, on relève plusieurs cas degarantie d'exécution émises pour des opérations portant sur l'acquisition de matériel sophistiqué.

(67) Par exemple, en raison de l'incapacité technique de l'exportateur, de la faillite de ce dernier, etc.

(68) C.C.I., Règles et usances uniformes relatives aux garanties contractuelles, 20 juin 1978, Doc. n°460/228-470/329, Brochure n°325

(69) Article 2, a ; Les commentateurs des règles uniformes de la C.C.I. signalent tous le caractère restrictif d'une telle définition qui ne peut couvrir que des garanties dites "accessoires". (Sur cette critique, lire SCHINNERER E., Neue Regeln der internationalen Handelskammer für Kontraktgarantien, Ö Bank A., 1979,42 et s. ; STUMPF H., Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (Bankgarantien) des internationalen Handelshammer, RIW/AWD, 1979,3 ;POULLET Y., Définition et pratique des garanties pratiquées en Europe, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Acte du colloque de Rours, Paris, 1981,30.

(70) Sur les différents modes d'intervention de la banque du pays de l'exportateur, v. infra, n°61 et 62

(71) V. infra, n°65, les différentes clauses d'appel à la garantie.

(72) Sur les imprécisions des clauses de réduction au prorata du marché accompli et leur danger, v. nos remarques in Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, Actes du colloques de Tours, Paris, 1981, 37 et s.

(73) Sur cette vente du développement, v. notamment BOYER L., L'exportation des connaissances et la vente de projets industriels, Paris, 1977; KAHN Ph., Typologie des contrats, in Transfert de technologie et développement, Colloque de Dijon, Paris, 1976,435 et s.; SALEM M., et SANSON M.A., Les contrats "clé en main" et les contrats "produit en main", Paris, 1979.

(74) A ce sujet, v. supra n°22, notre brève description des contrats "clé en main", produit en main", "marché en main".

(75) V. supra, n°34

(76) L'entrepreneur exigera souvent:
. *"la remise soit d'espèces, soit d'effets commerciaux et des instructions irrévocables à la banque dépositaire ("trustee") de ces valeurs payables au fur et à mesure de l'exécution des travaux;"*
. *"soit le paiement des états d'avancement par des lettres de crédit irrévocables sur une banque du pays du maître d'ouvrage et confirmées par une banque européenne".*
(BRABANT A., op. cit., 241) Cf. sur les modes de paiements dans les contrats internationaux, lire DUPLN de SAINT CYR P., Techniques du paiement dans les contrats de vente à l'étranger, Paris, 1973.

(77) Autres méthodes: les clauses financières du contrat prévoient le paiement par les techniques sus-visées (lettres de crédit, traites irrévocables) au fur et à mesure de l'avancement des travaux (formule dite du Progress Payment). Dans cette hypothèse, la vérification de l'avancement des travaux est laissée à l'enginneer ou ensemblier, chef de file des entreprises exportatrices.

(78) *"Une lettre de crédit "clean" émise au profit d'un bénéficiaire déterminé ne peut imposer d'autres conditions qu'une présentation à temps pour le paiement. Tout comme un billet à ordre, promesse inconditionnelle de payer une certaine somme à un moment et à un endroit déterminé, elle impose la condition d'une présentation correcte."*

(79) Du nom d'une coopérante urbaine qui a introduit la pratique de l'insertion de cette clause.

(80) A propos des clauses pénales, infra, n°77.

(81) DUPIN de SAINT CYR P., Les contrats d'exportation, Paris, 3°éd., 1978 ; BRABANT A., Le contrat international de construction, op. cit., n°203,243. On notera en outre les commentaires de GAVALDA et STOUFFLET, La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980,2, note 3 à propos de cette clause : *"La clause , destinée à faciliter le financement des créances à moyen et à long terme détenues par les exportateurs français, a pour objet de faire admettre par l'acquéreur étranger que la remise au vendeur, au moment de la livraison, d'effets de commerce dûment signés par lui-même l'engage définitivement au paiement des montants indiqués, quels que soient les litiges qui pourraient encore survenir entre les parties contractantes ; l'acquéreur reconnaît que les autres protections stipulées par le contrat lui permettent l'exercice de recours suffisants pour faire prévaloir ses droits ultérieurs à indemnité (cautions bancaires de restitution d'acomptes et de bonne fin, pénalités, arbitrage). Si le vendeur accepte de limiter aux banques intervenantes ou à la Coface le bénéfice de cette précaution, tout en renforçant l'efficacité au profit du tiers porteur, la clause confirme simplement l'inopposabilité des exceptions de la loi française.*

Ces clauses "Isabel" peuvent être ainsi libellées: "Les effets souscrits par le débiteurs auront le caractère d'effets de commerce librement négociables et constitueront, dès leur remise au vendeur, des engagements irrévocables et inconditionnels de paiement. En conséquence, leur paiement à l'échéance ne pourra être retardé ni refusé pour défaut de fabrication ou déficience du matériel livré, ni pour aucun autre motif. En effet, de telles éventualités seront suffisamment couvertes par les garanties de bonne exécution données par le vendeur selon le présent contrat". Selon une version améliorée (mais ne bénéficiant qu'au tiers porteur) : "Les effets souscrits par le débiteur auront le caractère d'effets de commerce librement négociables et constitueront, dès leur remise au vendeur, des engagements irrévocables et inconditionnels de paiement. Les exceptions que le débiteur pourrait, à l'échéance, tirer d'une défaillance du vendeur dans l'exécution de l'une de ses obligations du contrat seront inopposables à tout porteur de bonne foi de ces effets."

(82) Les textes réglementaires des cautionnements"marchés publics" émis en faveur des pays du Moyen-Orient ont été reproduits dans le dossier de documentation du Colloque de Tours.

(83) En allemand =Bietungsgarantie ; en anglais =Tender-guarantee ou Bid Bond (ce terme plus propre aux compagnies d'assurances est cependant employé également par les banques); en néerlandais = Offerte-garantie.

(84) Cf. le texte d'une garantie de soumission reproduit en annexe.

(85) On a déjà évoqué l'existence de ces risques d'incapacité financière et technique: cf. supra, n°9 et s.

(86) Il est évident que la banque qui délivre une garantie de soumission s'oblige par là même à délivrer les autres garanties prévues pour la réalisation du contrat. Sur cette question, lire nos remarques et références in Présentation et

définition des garanties pratiquées en Europe, op. cit., 31 et 32.
Cf. également, MATTOUT J.P., La délivrance des cautions de soumission dans les marchés internationaux à moyen et à long terme, Banque, 1977,420 : *"Pour lui, si son banquier accepte de délivrer le cautionnement initial, cela implique que, le moment venu, il ne se dérobera pas pour aider son client à remplir les obligations qu'il a prises à sa charge. Et son raisonnement est d'une logique implacable".*
Cf. enfin, l'ancien article 6 du projet de la C.C.I. (Doc. n°490/150 - 470/230.)

(87) En cela, nous ne pouvons suivre M. DUBISSON (Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I.,1977,429) pour qui il ne peut y avoir saisie légitime de la caution ou garantie que si le donneur d'ordre de cette caution ou garantie refuse de signer un contrat en tout point semblable à sa soumission.
Pour nous (Comp. BRABANT A., op. cit., n°243), il apparaît naturel que la garantie puisse protéger le maître d'oeuvre également contre le risque de rétractation de la soumission ou de rupture abusive des pourparlers entre la soumission et la signature du contrat (Sur ce risque, supra, n°24).

(88) Généralement, 1 à 5% du marché. Sur les critiques adressées à cette définition, v. nos réflexions in Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, op. cit., 31 et 32 et celles des auteurs cités supra n°39, note 69.

(89) En allemand = Anzahlungsgarantie;en anglais =Repayment Guarantee, Prepaymen Bond ou Advance guarantee; en néerlandais = Terugbetalinggarantie.

(90) Cf. le texte d'une garantie de restitution d'acompte reproduit en annexe; BRABANT A., op. cit., n°243.

(91) Article 2C ; Sur cette définition, cf. les critiques adressées par STUMPF (Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien, RIW/AWD,1979,3).

(92) Plus le contrat est sophistiqué, plus l'acompte sera important. Sur ce point, les réflexions de BECKERS L.G., Contract Guarantees and international bonding practices, in Gmürr, Trade Financing, London, 1980, 158.

(93) Supra, n°40.

(94) La banque connaît ces paiements et leur importance par rapport au montant total du marché. Elle ne sort donc pas de sa neutralité. L'art.3, al.2 des règles de la C.C.I. n'admet cette réduction que dans le cas d'une clause expresse.

(95) En allemand = Lieferungsgarantie; en anglais =Performance guarantee ou Performance Bond; en néerlandais = Uitvoeringsgarantie.

(96) Sur cette analyse, cf. infra, n°308. Le lecteur trouvera en annexe le texte d'une garantie de bonne exécution.

(97) Article 2b des règles uniformes pour les garanties contractuelles. Les critiques déjà adressées aux définitions,données par la C.C.I. aux autres types de garanties par les auteurs déjà cités sont reprises ici aussi (sur ces critiques, n° 39, note 69).

(98) Dans le commerce national, on connaît de même certaines garanties réglementaires où le garant a le choix entre une exécution en nature ou en dommages et intérêts, ainsi l'article 3 de l'arrêté royal du 21 octobre 1971 pris en exécution de la loi belge du 9 juillet 1971 (loi Breyne) à propos de la construction et de la vente d'habitations.

(99) Exemple de "Performance Bond" émis par des compagnies d'assurances tiré de I.C.C., Brochure on Contracts Guarantees, Paris, 1978: *"Quand le contractant sera et aura été déclaré par le maître d'oeuvre, en défaut sur base de contrat, le maître d'oeuvre ayant exécuté ses propres obligations sur base du contrat, la sûreté remédiera promptement au défaut ou promptement soit :*
1. terminera le contrat;
2. obtiendra la ou les soumissions de façon à terminer le contrat et mettra à la disposition de la personne choisie les fonds nécessaires pour l'exécution du contrat;
3. paiera au maître d'oeuvre les sommes requises pour l'achèvement du contrat."

(100) Sur cette pratique du Performance Bond, lire GRAHAM W.C., MATEJCEK Ç.C.J., The Law and Practice relating to the use of Letters of Credit and Performance Bonds in Securing contractual Performance in Canada and the United States, in Les Garanties bancaires dans le commerce international, Actes du Colloque de Tours, 1981, 50 et s. ; BECKERS L., op. cit., 156 et s.; Rapport des Etats-Unis, Uncitral, A/CN,9/45,3.

(101) MUZZI J., Performance guarantee - A changing Business, in Construction (Meed Special Report), Févr. 1980,19.

(102) En anglais = Retention Money Bond; en néerlandais = Garantie ter vervanging van de inhouding van waaarborgsommen. Cf. le texte d'une garantie de retenue reproduit en annexe.

(103) En anglais = maintenance Bond.

(104) En fait, le Retention Money Bond peut, à l'inverse de la garantie de restitution d'acompte, être une garantie au montant progressif. C'esr au terme, à la réception provisoire, qu'il devrait représenter une fraction du prix total du marché.

(105) Sur le Retention Money Bond, lire en particulier BECKERS L., Contract Guarantees and international bonding Practices, op. cit.,158; FRASER C.D., Surety and Guarantee Services in the Gulf , Séminaire tenu à Bruxelles, le 2 décembre 1977, polycopié; DESMEDT R., Problemen in verband met Bankgaranties voor de export, Conférence donnée le 15 mai 1979 à l'Assoc. belge des banques, polycopié,8.

(106) A propos de cette variante, MUNGARI V., Sulle garanzie cauzionali (Contract Bond) prestate dall'imprese assicuratrici italiani per l'esecuzione di lavoro all' estero, Assic.,1979,50 ; BECKERS (op. cit.,159) compare "Maintenance Bond" et "Retention Money Bond".

(107) Ce schéma s'inspire d'un tableau proposé par BECKERS (op. cit.,161).

(108) La garantie de bonne fin ne s'éteint donc pas à la réception provisoire des travaux, mais à la réception définitive.

(109) Paris, 5 juillet 1979, D.1980,243, note SOULEAU H.

(110) SOULEAU H., note sous Paris 5 juillet 1979, D. 1980,J.246.

(111) A ce sujet, v. notre article,Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, op. cit., n°10 et s., p. 20 et s., dont nous reprenons de larges extraits.

(112) Nous n'examinerons pas le phénomène de la garantie"syndiquée" délivrée par un consortium de banques lorsque le montant de la garantie dépasse les capacités d'engagement d'une seule banque. A ce sujet, v. DESMEDT P., Le contrat de garantie : examen de quelques problèmes techniques particuliers, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du Colloque de Tours,Paris, 1981, 125 et126.

(113) Règles uniformes pour les garanties contractuelles déjà citées. Certaines précisions relatives à la dénomination et au rôle de chaque partie peuvent être tirées de la brochure d'introduction.

(114) A ce mérite incontestable des dénominations choisies par la C.C.I. et reprises du crédit documentaire, il faut cependant apporter une critique. Les dénominations de la C.C.I. envisagent le rôle économique de chaque partie au regard de la garantie. N'aurait-il pas été plus conforme à la réalité commerciale d'envisager le rôle de chaque partie au regard de l'opération de base ?
Relevons toutefois : 1) que ce rôle des parties au regard de l'opération commerciale de base peut varier. Ainsi, le donneur d'ordre de la garantie n'est pas toujours l'exportateur, il peut être, dans la garantie de paiement, l'importateur; 2) que la dénomination de "client" parfois donnée au bénéficiaire de la garantie est ambigüe. Le donneur d'ordre de la garantie n'est-il pas aussi le "client" par rapport à la banque ?

(115) Les premiers projets de la C.C.I. se référaient à la notion de débiteur principal. Ils furent critiqués pour cette raison précise par SCHINNERER, Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, Festschrift für H. Hammerle,Graz,1972,319.

(116) Une référence à la notion de débiteur principal plutôt qu'à celle de donneur d'ordre aurait exclu les types de sûretés personnelles pour lesquels l'existence d'une obligation à la base de la délivrance de la garantie n'est pas nécessaire. Sans même parler des garanties dites à première demande traditionnellement reconnues non-accessoires, les cautions de soumission interviennent avant même la création d'obligations contractuelles.

(117) L'article 1 des règles uniformes stipule : *"Ces règles concernent toutes les garanties, cautionnements, sûretés ou engagements similaires, quelle que soit leur appellation ou leur description..."* La jurisprudence européenne confirme la non-relevance des appellations utilisées : l'emploi du mot"cautionnement" ne signifie pas toujours l'octroi d'une garantie accessoire.

(118) V. la note 116.

(119) ...dans le cas de la garantie de soumission.

(120) A cet égard, v. le cas jurisprudentiel anglais Owen v. Barclays Bank, étudié infra n° 124, où la garantie dut être exécutée bien que le contrat principal fut nul par l'arrivée d'une condition résolutoire.

(121) Soit enfin reprendre l'ensemble de ces prestations.

(122) Surtout lorsque celui-ci est une administration publique.

(123) Sur la faible marge de négociation laissée généralement au donneur d'ordre et à la banque, v. les réponses aux questionnaires de la C.C.I., en particulier Doc. n°470/177-460/94. Le commentaire de Mr W. VIS est le suivant : *"le bénéficiaire a le plus souvent une position de force telle qu'il peut imposer sa rédaction ... La majorité des réponses indique (en outre) qu'un changement du texte de la garantie est difficile à obtenir à moins qu'il ne soit mineur".*

(124) Qui s'analysera juridiquement indifféremment dans les doctrines germaniques en "contrat de mandat" ou "louage de services".

(125) Dans cette pratique nouvelle, valable pour les opérations commerciales de faible montant, la banque s'engage à émettre des garanties pour le compte de son client à concurrence d'un certain montant.

(126) Le cas est rare : il suppose qu'un exportateur aille trouver un banquier avec lequel il n'est pas en relation d'affaires courantes. Il est évident qu'un banquier ainsi appelé exigera le plus souvent une contre-garantie émise par le banquier chez qui le donneur d'ordre est client pour le couvrir des risques nés de l'engagement.

(127) V. n°59 in fine, notes 122 et 123.

(128) Généralement par l'envoi d'un telex annonçant une lettre de confirmation.

(129) On conçoit aisément l'intérêt du bénéficiaire pour une telle intervention. L'exécution de la garantie ne présente plus aucun risque, son paiement ne peut être en aucune façon bloqué pour des raisons politiques internationales, exemple par un blocage des sorties de devises dû à une déclaration de guerre entre le pays de l'importateur et celui de l'exportateur. En outre, son paiement ne donne lieu à aucune difficulté de droit international puisque la garantie est conclue entre nationaux.

(130) V. notamment DESMEDT R., Problemen in Verband met bankgaranties voor de export, meer bepaald deze met een onvoorwaardelijk karakter, conférence donnée le 15 mai 1979 à l'Assoc. belge des banques,8.

(131) Contrôle quant au texte de la garantie et quant à la qualité de labanque qui délivre la garantie.

(132) Remarquons que bien souvent le choix de cette banque locale n'existe pas; ce sera la banque de l'état qui devra nécessairement émettre la garantie.

(133) *"Nous nous engageons par la présente à vous indemniser de toutes pertes, dépenses ou frais occasionnés par une plainte quelconque qui résulterait de l'émission de votre garantie".*

(134) Ce point est important. La banque du bénéficiaire entend en effet disposer d'une contre-garantie immédiatement exigible. La contre-garantie est dans un rapport immédiat de stricte dépendance économique par rapport à la garantie.

(135) Sur ces difficultés, v. infra, notamment n°336 et s.

(136) Relevons quelques décisions jurisprudentielles relatives à des garanties subordonnées : Réf. Trib. comm. Brux., 15 janvier 1980, J.C.B.,I,154 (garantie de paiement émise au profit du sous-traitant); Trib. comm. Brux. 11 mars 1981,J.C.B., 1981,I,363; Sent. arbitrale C.C.I., aff. 3316, 1979, Journ. dr. int., 1980,970, obs. DERAINS (garantie de paiement émise envers un sous-traitant) ; Paris, 29 janvier 1981, D.,1981, J.,336.

(137) Notre rapport au Colloque de Tours (op. cit., 29) mentionnait une autre forme plus rare d'intervention des sous-traitants : la garantie dite "groupée".

(138) La dénomination "garantie automatique" est préférée à celle de garantie "à première demande", la clause "à première demande" n'étant pas significative par elle-même comme l'a reconnu le Bundesgerichtshof allemand (BGH 2 mai 1979, NJW,1979, 1500 ; M.D.R., 1979,878;B.B., 1979,907; J.Z.,1979,380;W.M.,1979,691) A ce propos, v. nos remarques in Le contrat de garantie, examen de quelques problèmes juridiques particuliers, Actes du Colloque de Tours, 1981, 129 et s.

(139) Ce fait est relevé par de nombreux auteurs, notamment : PLEYER K., Die Bankgarantien im zurischenstaatliche Handel, W.M., 1973, S.B., n°2 ; SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 2°éd., Wien, 1979,212 et s. L'office national du Ducroire le reconnaît également (Contact, Janv. 1970, 96).

(140) A ce sujet, v. les cautions réglementaires exigées par les pays du Moyen-Orient dont les textes sont repris dans le dossier de documentation du Colloque de Tours.

(141) V. supra, n°2.

(142) Intervention de M. BELLIS, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981,178.

(143) Sur ce point, v. les remarques de M. HUBERT. V. aussi STUMPF H., Frequent Abuses of Contract Guarantee and Attempts at remedying such Abuses, in Liber Amicorum F. Eisemann, I.C.C. Services, Paris, 1979,141.

(144) C.C.I., Règles uniformes pour les garanties contractuelles, Public. n°325, introd., P.8 et 9.
Depuis lors, la commission Techniques et pratique bancaires de la C.C.I. a repris ses travaux en vue de codifier la garantie à première demande. Signalons la méfiance de la C.N.U.D.C.I., Lettres de Crédit Stand-by, A/CN,9/163, 8 mai 1979, n°12, note 15.

(145) Signalons les propositions:
1°.De l'office national de Ducroire (Bull. Contact, n°24, janv. 1970, 97)
2°.Du groupement des entrepreneurs internationaux (Guide pour les garanties bancaires, les soumissions cautionnées et les garanties de bonne fin, p.11 et s. ; PETERSEN E., Vente d'ensembles industriels et conditions FIDIC, D.P.C.I., 1978,233
3°.De M. EISEMANN qui proposait que toute garantie soit payable au moins sur base d'un référé arbitral (Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. de l'arbitrage, 1972, 151.)

(146) Dans cette catégorie, on retrouve les garanties payables avec l'accord du donneur d'ordre sur base d'un jugement coulé en force de chose jugée ou sur base d'une décision arbitrale concernant les rapports donneur d'ordre-bénéficiaire; on peut y assimiler la garantie "à première demande" sauf preuve d'un recours juridictionnel du donneur d'ordre.

(147) Pour nous, un document est un écrit dont la teneur et l'origine suffisent par elles-mêmes à créer une forte présomption du bien fondé de la demande. Une attestation émanée du bénéficiaire "montrant avec évidence" (evidencing) le défaut d'exécution du donneur d'ordre ou tout autre fait n'est pas à proprement parler un document.

A ce sujet, v. l'intéressante décision inédite du tribunal de commerce d'Anvers du 15 mai 1980 à propos d'une Guaranty Stand-by Letter of Credit payable contre remise de deux attestations dont la première établissait le montant encore dû par le débiteur principal et la seconde la réalisation entamée des biens du débiteur.

(148) Par exemple: *"Nous soussignés (chambre de commerce de ...) certifions que tel jour, telle heure, la machine X n'était pas installée";*

"Nous soussignés (expert) certifions que l'usine construite par Y (le donneur d'ordre de la garantie) n'a pas le rendement moyen égal à la fabrication d'autant de pièces/minute., rendement stipulé au contrat".

(149) La clause "paiement à première demande avec énumération des griefs" présente un intérêt pour le donneur d'ordre. Elle élargit les possibilités de preuve de la fraude du bénéficiaire par le donneur d'ordre.

(150) V. supra, n°34

(151) Cette idée a été suggérée lors du Colloque de Tours, Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, n°36 et 37. Nous en tirerons des conséquences, infra, n° 358

(152) Texte déjà cité, supra, n°43.

(153) V. les réflexions de TANDEAU de MARSAC (Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, D.P.C.I.,1980, 149 ets., en particulier le n°14) et celles de GAVALDA et STOUFFLET (La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980,2): *"On peut voir dans l'exigence des importateurs une réplique à la rigueur dont témoignent depuis longtemps à leur égard les vendeurs..."*

(154) Sur ce point, v. les remarques de SALEM et SANSON sur les contrats "produits en main" et le plan algérien (Les contrats "clé en main" et les contrats "produits en main", Paris, 1979, 80 et s.). V. en outre JUDET et PERRIN, A propos du transfert des technologies, pour un programme intégré et de son développement industriel, ONUDI, juin 1972; LIASSINE M., Transfert de technologie et de développement, in Actes du Colloque de Dijon, 1976, 530.

(155) BRABANT A., op. cit.,111

(156) SALEM M. et SANSON M.A., op. cit., 112

(157) A cet égard, on peut reprocher aux travaux de la C.C.I. leur emploi de la notion de "garantie contractuelle" pour désigner les garanties données par l'intervention d'un tiers.

Les premiers projets de la C.C.I. parlaient des garanties bancaires. Ce n'est que progressivement que les rédacteurs des règles uniformes ont retenu la notion de "garantie contractuelle" au motif que la garantie pouvait être émise par d'autres organismes que les banques: ainsi, les compagnies d'assurances, voire des sociétés de cautionnements.

(158) Sur le sens à donner à ces termes, v. nos remarques supra, n°13,14 et 21.

(159) Nous reviendrons infra, n°78, sur cette notion d'obligation de comportement au regard d'un résultat à atteindre.

(160) Nous reviendrons sur cette unité profonde de l'ensemble de l'opération triangulaire ou quadrangulaire, unité que met en évidence la notion de groupe de contrats, infra, n°283.

(161) Supra, n°14 et 21. Déjà dans le même sens, les réflexions de DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil, T.II, n°574-575.

(162) Nous ne pouvons que renvoyer sur ce point aux conclusions du groupe de travail "Les contrats internationaux", présidé par M. FONTAINE. Sur ces conclusions, lire FONTAINE M., Les clauses de Harship, D.P.C.I., 1976, 7-49; cf. aussi OPPETIT B., L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances : la clause de "Hardship", Clunet, 1974,794-814; VAN OMMESLAGHE P., Les clauses de force majeure et d'imprévision (Harship) dans les contrats internationaux, Rev. dr. int. et dr. comparé, 1980, 7 et s.; DELAUME A., Excuse for non performance and force majeure in Economic Development agreements, Col. Journ of Transn. Law,1971, 240 et s.

(163) BRABANT A., op. cit.,318.

(164) La commission économique pour l'Europe de l'O.N.U. recommande aux parties d'un contrat international à moyen ou long terme de:

"prévoir au départ les changements de circonstances auxquels les parties décident d'accorder une influence sur le sort des contrats. Il peut s'agir en l'espèce de changements considérables des marchées utilisant les produits résultant de la coopération, comportant, notamment, le mouvement des prix mondiaux de ces produits, leurs possibilités de commercialisation, l'évolution des plans, programmes et possibilités de production dans le pays des partenaires, les changements radicaux de législations nationales, de la technologie, des prix de revient, de la disponibilité des matières premières, ainsi que des difficultés apparues dans la poursuite de la coopération pour des raisons d'ordre technique, commercial et psychologique" (E.C.E., Projet de guide pour la rédaction de contrats internationaux de coopération industrielle, Trade/ Ge. 1/R.9/Rev.1.)

(165 et 166)Ces clauses sont étudiées par FONTAINE (art. cité, D.P.C.I., 1976,487).

(167) Supérieur en toute hypothèse à un mois.

(168) Sur la procédure de renégociation du contrat au cas de survenance d'un événement de force majeure ou de harship, lire les développements de LEDOUBLE D., L'entreprise et le contrat, Thèse, Paris, 1980, 241 et s.

(169) COSTET L., L'opération à garantir et les risques couverts, Le contrat commercial, l'obligation contractuelle à garantir, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 111.

(170) Supra, n°25 et s.

(171) Sur le rôle de l'ensemblier, chef de file de l'ensemble des autres contractants et des sous-traitants, lire TIJDGAT E. et BOON J.A., Les contrats d'installation clé sur porte, in Les contrats d'engineering, Travaux de la C.D.V.A., Liège, 1964, 199-200; LE TOURNEAU Ph., v° Ingéniérie et transfert de technologie, J. cl. comm., Annexes, Fasc. 28, n°94; TEYSSIE B., Les garanties de résultat et transfert de techniques, in Garanties de résultat et transfert de techniques, Montpellier, 1977,150

(172) Cette clause est tirée du modèle de contrat "clé sur porte" proposé par la Commission "Droit et Vie des Affaires" de Liège, Séminaire des 17 -19 mai 1962. Comp. les clauses reprises par COSTET (op. cit., 111 et s.)

(173) *"Il est important de remarquer que l'ingéniérie a pour fonction de coordonner les différentes prestations mises en oeuvre pour parvenir au but recherché : une usine répondant à certaines performances. Aussi ne faut-il pas s'étonner que l'ingéniérie étende son domaine aux diverses autres obligations..."* (HASSLER T., op. cit.,200).

(174) Il s'agit en l'hypothèse d'un contrat produit en main.

(175) Clause d'un contrat algérien "produit en main" cité par COSTET L., op. cit., 111.

(176) A ce sujet, lire la clause 26 du modèle de contrat de sous-traitance pour des travaux de génie civil au Moyen-Orient donné par BRABANT A., op. cit., 434.

(177) La clause est tirée d'un contrat conclu avec l'administration du Nigéria.

(178) Les représentants algériens dans leur Mémoire à la conférence des souverains et des chefs d'états des pays membres de l'O.P.E.P. (Alger, 1975) ont largement critiqué la faiblesse du montant des indemnités forfaitaires généralement prévues dans les contrats à la grande exportation.

(179) VANDENBERGHE G., note sous Trib. comm. Brux., 18 févr. 1980,B., 1981,234 (à propos d'un contrat "clé en main" portant sur l'acquisition d'un système informatique). Sur cette distinction classique, v. FROSSARD J., La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, Thèse , Paris, 1965.

(180) TEYSSIE B., Les problèmes juridiques liés à l'intervention d'une société d'ingéniérie, in Garanties de résultat et transfert de techniques, Colloque, Montpellier, 1977, 144.

(181) SALEM M., SANSON M.A., Les contrats "clé en main" et les contrats "produit en main", Paris, 1979, 114; Comp. les conclusions de HASSLER T., Les contrats de constructions d'ensembles industriels, Thèse, Strasbourg, 1979, n°250 et s. L'auteur parle d'un"alliage" fondant diverses obligations spécifiques.

(181bis) A ce propos, les conclusions de FONTAINE (La notion de contrat économique international, in Travaux des VII°journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, 1975, n°44) : *"Le droit commun des obligations n'est pas toujours adapté. Il y manque notamment un régime des contrats "à long terme" qui organiserait les tempéraments nécessaires au principe de la convention-loi"*. On notera à ce propos les remarques dans le même sens de VINEY (La responsabilité des entreprises prestataires de conseils, J.C.P., 1975,I, 2750, n°21 et 53)

(182) PETERSEN E., Vente d'ensembles industriels et conditions F.I.D.I.C., D.P.C.I., 1978, 232

(183) Nous avons noté l'existence de ces risques propres au commerce international , supra, n°16.

(184) Sur l'existence de ces risques, nos réflexions supra, n°9 et s.

(185) Signalons aussi la pratique des accords de compensation souvent signés d'état à état. Ces accords de compensation instituent un véritable troc. Par le biais d'entreprises spécialisées, des pays développés fournissent à des pays du Tiers-Monde l'infrastructure technique et technologique nécessaire contre fourniture par ces derniers des matières premières ou de céréales. L'accord de compensation permet donc à chacun des états contractants d'être rassurés sur le comportement de l'autre par l'équilibre des prestations réciproques maintenu tout au long de la réalisation du marché (Sur ce point, FLORESCU G., Les principes généraux de l'activité du commerce extérieur, in Commerce extérieur Roumain,1972, n°3,32-35; de façon générale, sur les accords de compensation, v. FONTAINE M., Les accords de compensation, Travaux du groupe "Les contrats internationaux", D.P.C.I., 1981, 199 et s.Notons cependant que ces contrats de compensation peuvent prévoir l'émission de garanties émises par des tiers (à ce propos, FONTAINE M., op. cit., 209).

(186) BEGUIN J.P., Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement, Genève, 1972, 68, cf. aussi sur les entreprises conjointes, VELLAS P., Droit de propriété, investissements étrangers et nouvel ordre économique international, Clunet, 1979,25; LAZAREFF S. - ALLAIN S., L'accord industriel avec un pays en voie de développement in L'accord industriel international, Colloque de Rennes, Paris, 1975, 168 et s. Ces entreprises conjointes existent aussi dans les pays de l'Est (Entreprise, Joint Ventures avec l'Est, 24 -30 mai 1973,50; FLORESCU G., Les sociétés mixtes dans les pays socialistes, nouvelle forme de coopération économique internationale, D.P.C.I.,1978,243-267)

(187) HASSLER T., op. cit., 49; dans le même sens, VELLAS P., op. cit., 27.

(188) Outre qu'elle ne couvre pas les risques d'incapacité technique et de paiement.

(189) Nous avons souligné la différence entre ces techniques de garantie, supra, n°52.

(190) Cf. sur les raisons pour lesquelles les entreprises américaines ont recours aux sociétés d'assurance, infra, n°109.

(191) SALEM M. - SANSON M.A., op. cit., 78 et 79; FONTAINE M., Introduction in Le contrat économique international, Travaux de la VII°journée d'études juridique Jean Dabin, Bruxelles, 1975,35.

(192) ...conçue comme *"fonction économico-sociale"* du contrat. Nous reviendrons sur cette analyse de la cause, infra n°304.

(193) COSTET L., op. cité, 111

(194) *"Les intérêts des constructeurs d'installations industrielles complètes, qui peuvent être affectés par le système de la garantie inconditionnelle, sont de nature purement financière et ne portent en fait que sur une partie somme toute réduite du prix global. Par contre, l'abandon par les acheteurs ou les maîtres d'oeuvre d'un moyen efficace de pression sur leurs partenaires , que présente pour eux la garantie du type à première demande, peut entraîner un retard considérable dans l'édification de l'ensemble industriel qui constitue le but essenciel de l'opération"* (KOPELMANAS L., Les garanties de bonne fin d'exécution des contrats internationaux de fournitures d'installations industrielles complètes, Mélanges J. Barmann, 1975,555).

(195) A titre d'exemple, citons une clause de garantie tirée d'un contrat passé par une entreprise belge avec une entreprise para-étatique bolivienne: *"Pour garantir l'achèvement correct, en temps voulu de l'engineering et de la fourniture des fours qui font l'objet du présent contrat ainsi qu'il est demandé par les clauses composant le présent contrat, l'entrepreneur devra présenter à ... dans un délai de trente jours (30 jours) à compter de la date de signature du présent contrat, une caution pouvant atteindre la somme de cinq millions trois cent cinquante mille bolivars (Bs 5.350.000) dûment autorisés et pour la satisfaction de S... par une ou plusieurs sociétés bancaires ou d'assurances et conformément au texte joint au présent contrat. Cette garantie garantira jusqu'à la somme indiquée, le bon accomplissement de toutes les obligations assumées par l'entrepreneur vis-à-vis de S... en vertu du présent contrat."* Cette clause a entraîné la création d'une garantie bancaire automatique.

(196) Ainsi, en cas d'abandon abusif flagrant du chantier par l'entrepreneur ou en cas de faillite de ce dernier.

(197) LESGUILLONS H., Conclusions du Colloque, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981,519.

(198) Sur ce mode d'intervention des assureurs, supra, n°51.

(199) *"Posons dès lors cette question: si l'institution évolue, au moins pour les grandes opérations sophistiquées de nature industrielle ,si vraiment le besoin profond ... du maître de l'ouvrage est d'avoir un ouvrage qui marche et qui donne satisfaction, alors ce n'est peut-être pas la garantie* (bancaire)*que l'on a étudié qui est exactement l'instrument approprié? C'est peut être une institution plus proche du Performance Bond?"* (LESGUILLONS H., Conclusions du colloque, in les Garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981,520.)

(200) Cette clause est reproduite dans l'exposé de M. COSTET, L'opération à garantir et les risques couverts - Le contrat commercial, l'obligation contractuelle à garantir, op. cit., 113

(201) Sentence rendue dans l'affaire n°3267 en 1979, Journ. dr. int., 1980, obs. DERAINS Y. A noter la suite de l'attendu qui examine la fonction des "liquidated damages" en doctrine anglaise (HUDSON, Building and Engineering Contracts, Londres, 1977, 10°éd., 617) : *"Ces dispositions varient considérablement, mais leur principale caractéristique est l'intention d'obtenir une exécution conforme des obligations contractuelles et de régler d'avance, d'une manière convenue et certaine, les droits des parties, plutôt que de laisser cela aux remèdes moins sûrs dont on peut disposer autrement, et, en particulier, à l'estimation de dommages pour rupture de contrat."*

(202) Comparer les réflexions de DERAINS à ce propos (obs. sous la sentence citée, Clunet, 1980,969 et sa référence à la doctrine anglaise)

(203) Infra n°355.

(204) Ce que la doctrine et la jurisprudence allemandes appelleront les "atypische-Risiken" (cf. infra, n°142)Le terme de risque "anormal" est employé par les assureurs; à ce propos, lire MICHEL R., Les risques normaux et les risques extraordinaires dans l'assurance des crédits commerciaux, R.G.A.T., 1936,25-27.

TITRE II - NOTES

(1) PERROT R., De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques, Thèse, Paris, 1953,18

(2) La qualification d'institution "sui generis" est temporaire. Elle consacre le premier mouvement par lequel le droit reconnaît encore imparfaitement le fait. Sur cette qualification et la déception du juriste qu'elle consacre, les réflexions toujours actuelles de PICARD E., Le droit pur, Paris, 1920, 116 et s.

(3) Nous excepterons les droits d'Europe orientale qui reconnaissent la garantie "automatique" et la garantie documentaire dans les opérations du commerce international.

(4) Citons:
- Les articles 201 et s. du code Napoléon;
- les articles 1936 et s. du code civil italien;
- les articles 492 et s. du code des obligations suisse;
- les Statute of Frauds anglais de 1877;
- les §§ 765 et s. du B.G.B. allemand;
- les articles 1857 et s. du code civil néerlandais.

(5) Sur ces rapports "néçessaires" dans l'opération de garantie, supra, n°58.

(6) Nos réflexions supra, n° 67 ont montré le caractère incomplet de cette affirmation.

(7) Les banquiers anglais parlent parfois aussi de "Bond", se référant à la pratique des assureurs (Sur la pratique des assureurs, supra, n°51).

(8) La distinction entre "Contract of Guarantee" et "Contract of Indemnity" est développée notamment par DOW P., V° Guarantee and Indemnity, in Halsbury's Law, vol.18 (1958), n°973; CURTIS-BENNETT P.C.M., V° Guarantee, in Halsbury's Law, vol.20 (1978), n°305; TREVOR HARTLEY Tr., Le droit du cautionnement et de la garantie dans le droit du Royaume-Uni, Travaux de la commission de la C.E.E., Série concurrence, n°28, Bruxelles, 1976, n°12; CHITTY P., On Contracts,Specific Contracts, London, 32°éd., 1968,§1655.

(9) Dans le même sens, BELL F.C.L., L'appréhension des garanties par le droit, Le Royaume-Uni, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981,308.

(10) La distinction "Contract of Indemnity" - "Contract of Guarantee" a été utilisée dans la jurisprudence anglaise à deux propos : le "cautionnement" de sociétés qui ont conclu en dehors de leur objet social et le "cautionnement" d'incapables. Dans ces deux hypothèses, on a parlé de "Contract of Indemnity".

(11) Avis du juge DEVLIN in Sinason Teicher v. Oilcakes and Oilseeds Trading Cy (1954) 1, Lloyd's Rep., 376

(12) Comp. notamment l'avis du juge DENNING in Elian and Anothers v. Matsas (1966) 2 Lloyd's Rep., 495 : *"Une telle garantie bancaire est sur bien des points comme une lettre de crédit"*, et celui du juge ROSKILL in Harbottle R.H. Ltd. v. Nat. Westminster Bank, Ltd(1977) ,3 W.L.R.,753, etc.

(13) Avis du juge ROSKILL in Howe Richardson v. Polimex Cekop and Nat. Westminster Bank Ltd. (1978), 2 Lloyd's Rep., 161.

(14) KERR J., in R.D. Harbottle Ltd v. Nat. Wesminster Bank Ltd., 1977, 3 W.L.R., 752. La suite de l'attendu doit être notée : " ... *de telles obligations doivent être honorées en dehors de toute immixtion des juridictions. Autrement, la confiance dans le commerce international serait irréparablement endommagée.*". Comparer: *"Performance Bonds are now part of the essential machinery of international Trade."*(The State Trading Corporation of India Ltd. v. E.D.&F. Man (Sugar) Ltd. and The State Bank of India, Court of Appeal, 17 juillet 1981, inédit).

(15) (1958) 2 Q. B. 127; 2 W.L.R., 100-102. Comp. la décision américaine Stein v. Hambros Bank Ltd. (1920); 266 Fed.41,43 : *"The Obligation of the bank is absolute and is meant to be absolute, that when the documents are presented they (the Bank) have to accept the bill. That is the commercial meaning of it."*

(16) Le texte de cette section est reproduit dans le dossier de documentation du Colloque de Tours.

(17) Le "Llewellyn Commentary" demandé par le législateur américain en 1945 rappelle et justifie ce refus légal de toute extension de la fonction bancaire à la délivrance de sûretés personnelles. Le "Llewellyn Commentary" est repris et critiqué par HARFIELD H., Bank Credits and Acceptances, New-York, 5°éd., 1974,158 et s.

(18) Sur cette concurrence entre l'activité des banques et des compagnies d'assurances, lire GRAHAM W.C.-MATEJCEK J., The Law and Practice relating to the use of Letters of Credit and Performance Bonds in securing contractual Performance in Canada and the United States, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981,49 et s. et BECKERS L., Contracts Guarantees and international bonding Practices, in Gmürr (éd.), Trade Financing, London, 1981,149 et s.

(19) Cette définition a été donnée par le"Board of Governors of the Federal Reserve System" en 1977. Elle est reprise et commentée par ARNOLD et BRANSLIVER, The Standby Letter of Credit - The Controversy continues, 10 UCCLJ.,272 (1978). Cf. aussi DEL DUCA L.F., Pitfalls of "Boiler Plating" Letters of Credit, 13 UCCLJ,3 (1980). Notons que cette définition englobe d'autres garanties que celles relatives aux opérations de grande exportation, ainsi des Stand-by Letters of Credit sont souvent émises à propos de simples prêts internationaux ou nationaux.

(20) Cf. à ce propos, nos remarques sur la signification du mot "document",supra n°65, en particulier note 147. Nous aurons l'occasion de revenir sur l'importance du formalisme documentaire en droit américain (infra, n°120).

(21) La distinction est courante. Sur cette distinction, lire notamment NELSON J.A., How to make a Standby Credit worth more than the paper it's written on, Euromoney, 1979,113 et s. (en particulier, 117).
Trop de praticiens européens confondent en effet lettre de crédit standby et lettre de crédit payable à première demande.

(22) New-Jersey Bank v. Palladino J. and First State Bank, Sup. Court of New-Jersey, 13 déc. 1976, 368 A. 2d. 943 (1976); cf. aussi Island Waterways Corp. v. Young, 309 U.S., 517 (1940). Le lecteur trouvera la traduction de la plupart des arrêts américains cités dans notre revue de jurisprudence publiée dans le dossier de documentation paru pour le colloque de Tours.

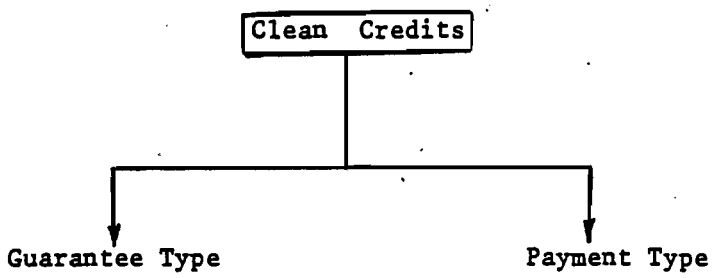
(23) Suite à cette décision, le département des banques de l'administration de l'état de New-Jersey proposa un amendement au NJSA,A.17; 9A-25.2. Cet amendement visait la reconnaissance explicite des lettres de crédit "Standby" (cf. le texte repris dans le dossier de documentation cité à la note précédente. Notons aussi que, dès 1977, la même Supreme Court devait abandonner le principe affirmé un an plus tôt (Nat. Surety Corporation v. Midland Bank, 551 F., 2d.21 (1977)).

(24) HARFIELD H., Bank Credits and Acceptances, New-York, 5°éd., 1974, 154 et s.; du même auteur, The Standby Letter of Credit Debate, 94, Banking L. Journ. 293 (1977); du même auteur, The Increasing Domestic Use of the Letter of Credit,4 U.C.C L.J., 251,(1972); MURRAY J., Letters of Credit in Nonsale of Goods Transactions, 30 Bus. Law., 1103, (1975) ; VERKUIL H., Bank Solvency and Guaranty Letters of Credit, 25 Stanf. L. Rev., 716, (1973) ; KATSKEE M.R., art. cité, 92 Banking L.J., 697 (1975); ARNOLD-BRANSILVER, The Standby Letter of Credit - The controversy continues -,10 U.C.C.L.J.,272(1978); DEL DUCA L.F., Pitfalls of "Boiler Plating " Letters of Credit, 13 U.C.C.L.J., 3 (1980).

(25) L'argument de l'"ultra vires" est expressément rejeté par de nombreux arrêts. Citons ainsi National Surety Corp. v. Midland Bank and Trust Co., 408 F. Supp., 684,692 (D.N.J.,1976) ; Prudential Ins. C.V. Marquette Nat'l Bank, 419. F. Supp. 734 (D. Minn., 1976); Barclays Bank v. Mercantile Nat'l Bank, 481 F. 2d,1224 (1973); Bank of North Carolina v. The Rock Island Bank, 570 F. 2d. 202 (1978) (à remarquer l'illogisme de cet arrêt qui, après avoir affirmé que la lettre de crédit bancaire "Standby" ne constituait pas un acte illégal et ne représentait pas une extension de la fonction bancaire, décide que si la lettre de crédit avait fait référence à l'obligation et équivalait alors à un cautionnement, sa décision aurait été différente).

(26) A cet égard; lire l'arrêt East Girard Savings Assoc. v. Central Nat. Bank and Trust Co, 593, F 2d 598, 1979, qui dénonce l'ambiguité d'une "Guaranty Letter of Credit où le banquier avait repris la référence au contrat de vente et à l'embarquement de marchandises comme s'il s'agissait d'une "Payment Letter of Credit", c'est à dire d'un véritable crédit documentaire.

(27) L'appellation est désormais consacrée. A ce sujet, l'article de DEL DUCA "Pitfalls of "Boiler Plating" Letters of Credit, 13 U.C.C.L.J.,5 (1980)"qui distingue nettement les "traditional Letters of Credit" et les "Guaranty Letters of Credit". Cf. également la présentation des "Clean Letters of Credit" faite par les manuels de marketing:



Dans le même sens, la distinction de JARVIS (op. cit., 356) entre "Sales Letters of Credit" et "Standby Letters of Credit".

(28) A cet égard, l'article de VERKUIL H., Bank Solvency and Guaranty Letters of Credits, 25 Stanf. L. Rev., 716 (1973).

(29) Article 5 de l'Uniform Commercial Code (Section 5-101 à 117).

(30) Sur le bien fondé de cette nanlyse historique, nos réflexions supra, n°34.

(31) Les droits anglo-saxons ne connaissent pas la pratique de l'aval, sûreté personnelle cambiaire (A ce sujet, cf. nos réflexions supra, n°32, note 47)

(32) Ins. Cy of North America v. Heritage Bank, U.S.Court of Appeals, 19 mars 1979,595 F. 2d. 171 (1979). Comp. East Girard Saving Assoc. v. Citizens Nat. Bank and Trust Cy of Baytown, U.S. Court of Appeals, 18 avril 1979, 593 F. 2d, 598 (1979); Chase Manhattan Bank v. Equibank, U.S. Court of Appeals, 550 F. 2d,882 (1977).

C'est ce que HARFIELD (Bank Credits and Acceptances, 165) appelle la victoire des "commercial progressives" suivant lesquels la *"fonction détermine la légitimité" (Function determines Legitimacy).*

(33) Bank of North Carolina v. The Rock Island Bank, 10 mars 1978, 570 F. 2d, 202 (1978). On retrouve la même distinction in Barclays Bank D.C.O., v. Mercantile Nat'l Bank, 481, F. 2d, 1224 (1973) et Prudential Ins. Co v. Marquette Nat. Bank 419 F. Suppl. 734 (1976). Comp.: *"Il est important de noter que malgré leurs ressemblances, la lettre de crédit Standby n'est pas un cautionnement (Guarantee). Sur base d'un cautionnement, la couverture n'existe que dans le cas de non-exécution effective par le premier obligé de ses obligations. La caution est de ce fait obligé "secondarly" au regard de la même obligation que le premier obligé. Sur base d'une lettre de crédit "Standby", la créance contre le garant exige uniquement le présentation de certains documents peu importe que le donneur d'ordre ait en réalité ou non exécuté ou ne peut exécuter légalement ses obligations sur base du contrat principal".* (ARNOLD-BRANSLIVER, op. cit., 280)

(34) Arrêt cité, note 33.

(35) Même si ce document est une attestation émanant à la fois du donneur d'ordre et du bénéficiaire et rendant compte du défaut d'exécution des obligations du donneur d'ordre. Une telle garantie "documentaire" a dans ce cas une fonction équivalente à celle d'une "Bank guaranty" "secondary" (accessoire). Dans l'affaire Corporacion de Mercadeo Agricola v. Mellon Bank Int. (U.S. District Court, 5 déc. 1978, 464, F. Suppl. 88 (1978), les juges américains déclarèrent une telle garantie documentaire nulle parce que équivalente à un cautionnement.

(36) Les juges américains adoptent une position fort proche dans l'affaire Wichita Eagle and Beacon Publishing cy. v. Pacific Nat. Bank (493 F. 2d 1285 (1974)) où pour déterminer s'il s'agissait d'une lettre de crédit ou d'un cautionnement, ils se réfèrent au *"test de savoir si l'exécution de la garantie dépend en réalité de la présentation de documents ou de l'existence de faits (à savoir l'exécution ou non de l'obligation du donneur d'ordre)"*.

(37) ... Par opposition au "financial conservatives" comme les a surnommés KATSKEE (The Standby Letter of Credit Debate : The case for congressional Resolution, Banking Law Journal, 1975, 647).

(38) On se référera sur ce point aux références données par ARNOLD et BRANSLIVER (op. cit., 28 et s.), références relatives aux travaux parlementaires mais aussi aux prises de position du "Comptroller of the Currency" et du "Board of Governors of the Federal Reserve System".

(39) La comparaison des deux notions "considération" et "cause" est déjà faite par LORENZEN E.G., Causa and Consideration in the Law of Contracts, Yale Law Journal, 1919,621 et s. ; cf. également LOISEAUX P.R., The american Concept of Consideration, T.P.R., 1966, 181 et s.; DAVID R., Cause et consideration, Mélanges offerts à J. Maury, Paris, 1960, T.II,II et s.. Sur la consideration lire CHESHIRE F. et FIFOOT E., The Law of Contract, 7°éd., 1969,57 et s.; WILLISTON S.,A treatrise on the Law of Contracts, New-York, 3°éd., §§ 136 et s..

(40) ... Sauf le "deed",c'est à dire le"document under seal". *"Pour soutenir une action intentée sur base d'une promesse faite par le défendeur, le demandeur doit prouver soit que cette promesse est contenue dans un document sous sceau, soit qu'il s'appuie sur la présence d'une considération."*(CHESHIRE F. et FIFOOT E., op. cit., 57 in fine).

(41) Aux Etats-Unis, l'article 105 de la Section 5 de l'Uniform Commercial Code stipule expressément : *"No Consideration is necessary to establish a credit or to enlarge or otherwise modify its terms"*. Le commentaire officiel laisse clairement entendre que la consideration de l'engagement du banquier apériteur d'un crédit documentaire est considéré comme le rapport de provision: *"It is not to be expected that a financial institution will engage its credit without some form of expected remuneration. But it is not expected that the beneficiary will know what the remuneration was, or wether in fact there was any identifiable remeuneration in a given case"*.
Des décisions américaines récentes se réfèrent encore à cette conception de la cause du crédit documentaire. Ainsi Travellers Indemnity Cy v. Flushing Nat'l Bank (1977), Queen's County Supreme Court, Special Term, Part. I.

(42) A ce propos, les jurisprudence et doctrine citées par GUTTERIDGE H.C., MEGRAH M. The Law of Bankers' commercial Credits. Londres. 6°éd.. 1979. 25; contra l'avis de Sir F. POLLOCK (in Contract. Londres. 13° éd.. 1950. 150) : *"Une promesse faite pour une "consideration", valable et d'autre part bonne entre parties, n'est pas moins valide parce que l'exécution opérera à décharge d'une obligation indépendante du promettant envers une tierce personne sur base d'un contrat conclu indépendamment".*

(43) A ce propos. ce passage de l'avis du Lordrichter DENNING qui témoigne du passage de la considération "contrepzrtie" à la "considération" comme conviction du caractère obligatoire de son adhésion à un mécanisme coutumier : *"A man who makes a deliberate promise which is intented to be binding(+), that is to say, under seal or for good consideration, must keep his promise, and the court will hold him to it, not only out the suit of the party who gave the consideration but also at the suit of one who was not a party of the contract, provided that it was made for his benefit and that he has a sufficient interest+to entitle him to enforce it ... (This sufficient interest) covers therefore right such as the following which cannot justly be denied.- the right of the seller to enforce a commercial credit issued in his favour by a bank under contract whith the buyer".(+)* (DENNING L.J., in Smith and Snipes Hall Farm Ltd v. River Douglas Cathment Board (1949) 2 K.B. 500, 513 ; repris in Drive Yourself Hire C° (London) Ltd V. Strutt (1954) I Q.B., 250, 269 et les nombreuses références données par GUTTERIDGE H.C., MEGRAH M., The Law of Bankers Commercial Credits, London, 1979, 26 et s.) Comp. HARFIELD H., Bank Credits and Acceptances, New-York, 5°éd., 1974, 53: *"The approaches and rationales were various but the writers were nearly uniform in their objective of demonstrating the legal enforceability of the banker's undertaking. Perhaps the most appealing of these analyses and arguments was the simplest, a variation of Descartes "Cogito ergo sum"".*

(44) C'est la conclusion que WESSELY (Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, Thèse, Köln, 37) tire de son étude de la cause du crédit documentaire en droit anglo-saxon. Comp. avec la définition donnée par Lord MANFIELD dans un vieil arrêt de 1778 (Rann v. Hughes) *"When a man is under a moral obligation, ..., the honesty and rectitude of the thing is a consideration... The ties of conscience upon an upright mind are sufficient consideration".*

(45) Sect.5 - 114 all U.C.C.: *"An issuer must honor a draft or a demand for payment which complies with the terms of the relevant credit regardless of whether the goods or documents conform to the underlying contract for sale or other contract between the customer and the beneficiary".*

(46) Point c) des dispositions générales de la C.C.I. : *"Les crédits sont par leur nature des opérations commerciales distinctes des ventes ou autres contrats qui peuvent en former la base mais qui ne regardent les banques en aucune façon".* (Révision de 1974)

(47) ARNOLD - BRANSLIVER, The Standby Letter of Credit - The contreversy continues, 10 U.C.C.L.J., (1978), 274.

(48) Pringle Assoc. Mortgage v. Southern Nat'l Bank of Hattiesburg, 571 F. 2d., (1978), 871.

(49) Edward Owen v. Barclays Bank, 3 W.L.R., 765 (1977).

(+) Nous soulignons.

(50) Le principe est dégagé pour la première fois in Equitable Trust Cy v. Dawson Partners (1927) 27 Lloyd's L. Rep., H.L., 49. Il est appliqué à la "Guaranty Letter of Credit", notamment in Courthaulds North Am. Inc., v. North Carolina Nat'l Bank 528, Fed. Rep.- 2d., 802, (1975).

(51) In R.D. Harbottle Ltd. v. Nat. Westminster Bank Ltd., 3 W.L.R.,(1977),752.

(52) Intraworld Ind. v. Girard Trust Bank, 461 Pac. 336 A 2d 316 (1975); R.D. Harbottle Ltd. v. Nat'l Westminster Bank Ltd., 3 W.L.R., 1977, 752.
Cf. en outre, Baker, v. National Bank, 399 F. Suppl. 1021 (1975); Fidelity Bank v. Lutheran Mut. Life Ins. Cy., 465 F. 2d. 211 (1972; Bossier Bank and Trust Cy v. Union Planters Nat'l Bank, 550 F. 2d. 1077 (1977)

(53) *"Si sur base des rapports limités, il apparaît que le plaignant ... démontre simplement l'existence de litiges à propos de l'exécution du contrat de vente, le paiement des traites émises sur base de la lettre de crédit ne peut être interdit".* (United Tecnologies Corp. v. Citybank N.A., 469 F. Supp. 473 (1979).

(54) K.M.W. Int. v. Manhattan Bank, 606 F. 2d. 10 (1979) (où le donneur d'ordre avait saisi le judiciaire du fond de l'affaire); Howe Richardson Scale C° Ltd. v. Polimex Cekop and Nat. West. Bank, 2 Lloyd's Rep. 161 (1977).

(55) *"La possibilité que le donneur d'ordre ne soit pas capable de recouvrer auprès du bénéficiaire la somme payée ne peut cependant empêcher le bénéficiaire à poursuivre la banque. Le bénéficiaire appuie sa réclamation sur base de la lettre de crédit comme modifiée par la banque et acceptée par lui et non sur la convention entre le donneur d'ordre et la banque émettrice, ni sur l'accord de base entre donneur d'ordre (customer) et bénéficiaire".* (Chase Manhattan Bank v. Equibank,550 F. 2d 882 (1977)).

(56) Comparer l'article 114 de la section5 de l'Uniform Commercial Code.

(57) Cf. supra, n°34.

(58) Cf. notamment l'avis de Lord DENNING in Edward Owen Case : *"A Bank which gives a performance guarantee must honour that gurantee according to its terms"*, et les réflexions de JORDAN A.B., Guarantee Bonds: Their use in International Contracts, I.C.L.F. Rev., 1980.

(59) Sur cette rigueur, lire entre autres HARFIELD H., Bank Credits and Acceptances New-York, 5°éd., 1974, 73 et s. et du même auteur, Customs and Conscience in Letter of Credit Law, U.C.C.L.J., 11 (1972); Comp. GUTTERIDGE H.C.,MEGRAL M., op. cit., 88 et s.

(60) Insurance Cy of North America v. Heritage Bank U.S. Court of Appeals, 19 mars 1979, 595 F. 2d., 171 (1979).

(61) Un attendu affirme même qu'*"en aucune manière, les faits ne peuvent fournir d'excuse à l'une non stricte conformité avec les termes de la lettre de crédit... L'utilité et les avantages de la pratique de la lettre seraient considérablement remis en question si on devait accepter moins qu'une stricte conformité avec les termes de la lettre de crédit".*

(62) Chase Manhattan Bank v. Equibank, U.S. Court of Appeals, 16 févr. 1977,550 F.2d.882 (1977).

(63) Il s'agit ici de refuser le paiement à un bénéficiaire déjà condamné par une juridiction judiciaire ou arbitrale. De tels cas sont évidemment rares (Pour le crédit documentaire, un seul cas à signaler à notre connaissance).

(64) BGH, 24 avril 1958, W.M., 1958, 696. Nous verrons que le qualificatif "connu" n'est pas repris dans les jurisprudences des autres ordres juridiques, infra n°356, nos conclusions à ce propos.

(65) Avis de Lord DENNING in Elian and Anothers v. Matsas and Others,(1966) 2 Lloyd's Rep., 495-497 repris in Edward Owen v. Barclays Bank, déjà cité.

(66) Pour la guarantee anglaise, *"Il y a loin de la fraude à la fraude établie"* (Harbottle v. West Bank déjà cité); *"A ce principe général une seule exception : le cas qu'on appelle fraude établie ou évidente"*(Owen v. Barclays Bank déjà cité); cf. également United City Merchants v. Bank of Canada (1981) 3 W.L.R., 242 et State Trading Corp. of India Ltd. v. E.D. & F. Man (Sugar) Ltd. and the State Bank of India, Court of Appeal, 17 juillet 1981, inédit.

(67) De façon générale, sur la fraude dans le crédit documentaire, lire GUTTERIDGE - MEGRAH, op. cit., 57 et s.
Pour la "Guaranty Standby Letter of Credit" américaine, *"Les circonstances qui justifient une injunction ... sont limités au cas de fraude dans lequel l'appel à tort du bénéficiaire a vicié à ce point la transaction que le désir légitime d'indépendance ne serait plus suivi"* (Intraworld v. Girard Trust, 461, Pac. 336 A 2d, 316 (1975); Cf. les affaires iraniennes reprises infra, n° 127).

(68) Edward Owen Engr. Ltd. v. Barclays Bank Int. Ltd., (1977) 3 W.L.R., 734.

(69) Il est à noter en outre que l'ouverture du crédit documentaire était une condituin suspensive du contrat commercial de base.

(70) K.M.W. Int. v. Chase Manhattan Bank 606 F. 2d. 10 (1979).

(71) Nous reviendrons infra, n°310 sur cette distinction de l'aval et de la garantie automatique.

(72) Arrêt inédit. On notera cependant la décision en sens inverse des juges américains. Il s'agissait là aussi d'une opération commerciale dont l'exécution était rendue impossible,aux dires du donneur d'ordre,par un embargo. La décision du tribunal fédéral (Dynamics Corporation of America v. Citizens and Southern National Bank, 356 F. Supp. 991 (N.D. Ga. 1973)) a, en effet, interdit à une banque de payer le gouvernement indien aux termes d'une garantie à première demande où le gouvernement indien devait simplement certifier que le donneur d'ordre *"n'avait pas exécuté certaines de ses obligations"*. Le vendeur avait exécuté partiellement ses obligations mais n'avait pu parfaire l'exécution qui ayait été rendue impossible par l'embargo décrété par le gouvernement américain en raison des événements du Bangladesh. Le tribunal ayant noté que la banque avait reçu avant toute demande de paiement une notification par le donneur d'ordre, a considéré que la banque avait l'option d'exécuter ou non, étant entendu par ailleurs qu'un tribunal ayant compétence pouvait lui interdire le paiement.

(73) Comp. nos réflexions supra, n°75 sur les clauses de force majeure dans les contrats à long terme.

(74) L'injunction est la procédure anglo-saxonne correspondant à notre référé.

(75) Le juge note en outre qu'une cour d'arbitrage a précisément été saisie de la question.

(76) Sur ce risque, supra n°15.

(77) Cette constatation rejoint les premières conclusions du titre I.

(78) Le lecteur trouvera un compte rendu des affaires iraniennes in Rendell R.S., The Iranian Revolution continues in the courts, Euromoney, Juin 1979, 73 et s. Le décision du gouvernement américain de bloquer les avoirs iraniens a mis fin à cette série d'affaires dites iraniennes.

(79) Harris Int. Telecommunications Inc. v. Bank Melli Iran, 79 Civ. 802 (S.D.N.I. 22 févr. 1979); Pan American v. Bank Melli (New-York Federal Court) cité par RENDELL (op. cité, 79).

(80) Certes, les délais étaient courts. 20 Jours dans la première affaire et 10 jours dans la seconde. Sur la signification de-ces délais, infra, n°362.

(81) Le lecteur trouvera le compte-rendu d'autres décisions in RENDELL (op. cit., 75).

(82) United Technologics Corp. v. Citybank N.A.,469 F. Supp.473(SDNY 1979).

(83) Cf. à ce propos la distinction des risques "normaux" ou "anormaux" proposée par les assureurs, supra, n° 92 et s.

(84) Trois décisions sont citées. Il s'agit de décisions relatives à des faits de la guerre américo-japonaise: Nadler v. Mei Loong Corp. of China, 177 Misc.,263, 30, NYS, 2d, 323 (libération de la banque apéritrice d'un crédit documentaire); Grob. v. Manufacturers Trust Cy, 177 Misc., 45, 29, NYS, 2d, 916 (non libération)- ou de décisions relatives à des faits lors de la guerre 1914-1918: American Steel Cy v. Irving Nat'l Bank, 266 F.41 (2d Cir. 1920) (non libération)

(85) En définitive, c'est dans la mesure où le contrat de base met à charge de l'exportateur le risque politique qu'il ne peut prétexter de l'arrivée de ce risque pour rompre le contrat de garantie (Comp. à ce sujet, nos réflexions supra, n° 95 et 96).

(86) K.M.W. Int. v. Chase Manhattan Bank, 606 F. 2d. 10 (1979).

(87) 419 F. Supp. 734 (D. Minn. 1976).

(88) Il s'agissait de la garantie de bonne fin donnée pour un prêt relatif au paiement d'une "Commitment Standby Fee" dont l'iilégalité n'est pas contestée par le tribunal.

(89) L.G. München, 1 août 1972, inédit cité par KLEINER (Die Abgrenzung der Bankgarantie, Zurich, 2°éd., 1972, 126.)

(90) CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, Berlin, 1975, Anm. 502: *"L'opération de garantie des banques a en premier lieu une fonction de sûreté (Sicherungsfunktion): il a pour but d'enlever (abnehmen) au bénéficiaire la charge de certains risques ... Cela fonde une certaine parenté (Verwandtschaft) avec l'opération d'accréditif ... mais il ne peut cependant être perdu de vue leur différence essentielle à savoir : la garantie à l'opposé de l'accréditif ne sert pas comme moyen de paiement sans argent liquide (als Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehr) et n'a aucune fonction de paiement (Zahlungsfunktion)"*; ZAHN J., Zahlung und Zahlungssicherungen, Berlin, 3°éd., 1973,226; LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 22; VON WESTPHALEN Graf, Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel, W.M., 1981, 295; EBERTH R., Erscheinungen im Recht und in Praxis des Dokumentenakkreditives in der Bundesrepublik Deutschland und England, in Rechtfragen zum Dokumentenakkreditiv, Stuttgart, 1976, 223; Comp. les réflexions de KLEINER B., Bankgarantie, Zürich, 1979, et nos remarques supra, n°31; contra KÜBLER F., Feststellung und Garantie, Thèse, Tübingen, 1967, 189.

(91) STAMMLER R., Der Garantievertrag, AcP 69,1; Comp. la définition donnée par WINDSCHEID quelques années plus tôt (Lehsbuch des Pandektenrechts, Berlin, 5°éd., 1879, T.II, §412, 550: *"Le contrat par lequel il est promis en faveur d'une personne qu'aucun dommage ne naîtrait d'un comportement stipulé à son profit"*; Sur l'historique du "Garantievertrag", consulter REUSSER S., Der Garantievertrag, Thèse, Berne, 1938,57.

(92) STAMMLER R., op. cit., 37 : *" ... Le cautionnement se distingue du contrat par son caractèreaccessoire. Une dette principale dont l'exécution est garantie par la caution, manque dans les éléments constitutifs (Thatbestande) du contrat de garantie"*.

(93) En Suisse, le contrat de garantie est parfois assimilé au contrat de portefort (STAEHELIN A., Die persönliche Sicherungen im Schweizerischen Recht, in Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 343).

(94) SCHÖNLE H., Bank und Borsenrecht, 2°éd.,München, 1972, §27, II. Cette définition est présente aussi dans la doctrine allemande, notamment chez RATZ P., H.G.B. Grosskomm., §349, Anm. 29; BOETIUS J., Der Garantievertrag, Thèse, München, 16; LARENZ K., Lehrbuch der Schuldrechts, §62, III; etc. Dans la jurisprudence, R.G., 29 juin 1905, R.G.Z. 61, 157; R.G., 24 septembre 1906, Gruchot, 51, 591; R.G., 28 sept. 1917, R.G.Z., 90, 415; R.G., 11 déc. 1934, R.G.Z. 146, 123; B.G.H., 23 mai 1958, N.J.W., 1958, 1483; B.G.H., 19 oct. 1964, B.B. 1964, 1360;
dans la doctrine suisse, lire not. KLEINER B., Bankgarantie, Zurich, 3°éd., 17; GUGGENHEIM E., Der Garantievertrag, Thèse, Zurich, 1917-1979,12; MEYER S., Der Garantievertrag nach heutigem Recht, Thèse, Greifswald, 1912, 79; GIOVANOLI S., Berner Komm., art.492 Anm. 4; OFTINGER K., Uber Bankgarantien, S.J.Z., 1941-1942, 59; GUGGENHEIM D., La garantie bancaire principale et accessoire, Festschrift für A. Schnitzer, Genève, 1979, 170.;
dans la doctrine autrichienne,lire notam. SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 217; OHMEYER-KLANG, Komm. zum A.B.G.B., T.VI, §1346, II,2; AVANCINI P., Die Scheckkarte der österreichischen Kreditinstitute, O. Bank-Archiv, 1970, 58.

(95) Cette définition est largement reprise en droit italien (v. infra, n°172). En droit français, elle est à la base de la conception extensive du contrat de porte-fort donnée par BOULANGER (La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui, Thèse, Paris, 1933, 37). Un article de CORNIOT (V° Garantie, Dictionnaire de droit, 2°éd., PARIS, 1966) suit une présentation du concept de garantie rigoureusement identique à celle de STAMMLER.

(96) Sur l'utilisation par les travaux de la C.C.I. du concept allemand de "Garantievertrag", SCHINNERER E., Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, Festschrift fur H. Hammerle, Graz, 1972, 311 et s.

(97) Sur ce projet et son influence germanique, les réflexions de PARDON J., L'appréhension des garanties par le droit - Organisations internationales, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux , Actes du Colloque de Tours, 1981, 407 et s.

(98) *"Par là, la différence entre un devoir à la prestation qui dépend d'un autre rapport et celui qui est de nature autonome naît de la logique, de catégories générales de pensée et non de définitions du droit positif. En ce sens, la garantie est dans son opposition essentielle avec le cautionnement un concept de droit prépositif. On peut, avec Radbruch parler de concepts "apriorіques" vu que l'autonomie de la garantie dans son opposition avec le comportement accessoire appartient aux catégories immuables de la pensée juridique qui sont l'origine et non la conséquence de la science juridique"*(KLEINER B., Bankgarantie, op. cit., 16).

(99) KLEINER B., op. cit., 111; Comp. le vieil arrêt du tribunal fédéral suisse (B.G., 18 sept. 1930, B.G.E.,56,II,383: *"Par le contrat de garantie, on envisage le risque d'arrivée (Eintritt) ou de non-arrivée de la "prestation" (Leistung) d'un tiers ...; Le garant prend en charge le risque d'une opération (Unternehming) tandis que la caution se porte-fort de la capacité de paiement du débiteur étant donnée une dette déterminée".*

(100) *"La notion de prestation est indépendante de celle de créance, chaque créance se rapporte à une prestation mais chaque prestation ne suppose pas nécessairement l'existence d'une dette"*(JÄGGI P., Berner Komm. zum O.R., Vorb. 27 vor §1 O.R., 106)

(101) Ainsi, notam. en doctrine allemande, RATZ P., H.G.B. Grosskomm., T.III (1968) §349, Anm.91; SOERGEL-SIEBERT, B.G.B. Komm., T.III, (1969), Bern.29, vor §765; AUHAGEN U., Der Garantie einer Bank "auf erstes Anfordern" zuzahlen, Thèse, Freiburg, 1966, 38; LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 24; STÖTTER V., Das Garantieversprechen, D.B., 1971, 2145; SCHÖNLE H., Bank und Borsenrecht, §28,II, 341;

en doctrine suisse, PLEYER K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel W.M., 1973, 8; OFTINGER K., Ueber Bankgarantien, S.J.Z.,1941, 59; KLEINER B., Bankgarantie, op. cit., 21; GILLIERON P.A., Les garanties personnelles en matière bancaire, Thèse, Genève, 1°éd., 1959, 211 et s.;

en doctrine autricheinne,SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 212 et s.

(102) O.G.H., 15 oct. 1964, Jur. Bl., 1965,262; Comp. O.G.H., 4 mai 1977, O.G.H.E., 1977, n°66 (à propos d'une garantie bancaire "automatique") et en Allemagne O.L.G. Stuttgart, 8 sept. 1976, W.M., 1976, 881.

(103) Le garant ne pourra réclamer le bénéfice de la subrogation, de la libération pour perte fautive de sûretés par le créancier, etc. Relevons en faveur de cette exclusion :
- Dans la jurisprudence: L.G. München, 24 mai 1971, RiW/AWD 1972, 196: *"La convention de garantie a pour conséquence que le promettant souscrit une obligation autonome de la dette principale. Les prescrits sur le cautionnement ne sont pas applicables".*
- Dans la doctrine: PALANDT O., B.G.B. Komm., 36°éd., 1977, Anm. 3c., vor §765 BGB; LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968,26; BOETIUS J., Der Garantievertrag, Thèse, München, 1966, 44 et 112; SOERGEL-SIEBERT, B.G.B. Komm., Vorb. 36 vor §765; etc. Plus nuancé, PLEYER K., Der Bankgarantien im Zwischenstaatlichen Handel, W.M., 1973, S.B. n°2,15: *"Vu que la garantie à l'opposé du cautionnement n'est pas accessoire, il est souvent accepté que les règles du cautionnement ne s'appliquent pas au contrat de garantie ... cet argument formel me convainct peu".*

(104) KLETT D., Der Schutz des Bürgen unter besonderen Berücksichtigung der Formularpraxis der Kreditinstitute, Thèse, Freiburg im Br., 1971, 30.

(105) La notion de "Mischformen" en matière de sûreté personnelle est amplement développée en droit suisse

(106) O.L.G., Francfort, 22 oct. 1974, B.B., 1975, 987, Note MARWEDE J..

(107) MARWEDE J., note citée, 992
MARWEDE résume sa note de la façon suivante:
"a) Il existe des "Forderungsgarantien" (sûretés personnelles) au sens large. Celles-ci peuvent être abstraites ou accessoires. Entre ces "Forderungsgarantien" essentiellement abstraites ou essentiellement accessoires, sont admissibles sur base du principe de la liberté contractuelle, toute sorte de créations comme formes mixtes (Zwischenstufen);
b) La "Forderungsgarantie" au sens étroit est le modèle conceptuel (Denkmodell) abstrait et représente un cas extrême de "Forderungsgarantie" au sens large.
Pour le cas extrême opposé, il n'y a pas de dénommination particulière;
c) Le cautionnement est de même un cas de "Forderungsgarantie" au sens large. Il n'est pas identique avec le modèle conceptuel extrême accessoire. Il est pour partie accessoire, pour partie abstrait, il est une de ces formes mixtes situées entre les deux modèles conceptuels extrêmes".

(108) B.G.H., 2 mai 1979,J.Z., 1979, 380; W.M.1979,691; N.J.W., 1979,1500; M.D.R., 1979, 838, B.B., 1979, 907 dont les attendus sont repris in BGH, 12 déc. 1979, NJW, 1980, 1098. A partir de cet arrêt, HORN(N.J.W., 1980) défendit le point de vue selon lequel la clause "à première demande" devait, même dans les garanties délivrées dans le commerce international, avoir comme seule signification celle d'obliger le garant à payer à première demande sous réserve de recours ultérieur. Cette opinion est critiquée notamment par von WESTPHALEN (Neue Tendenzen bei Bankgarantien in Aussenhandel, W.M., 1981, 296)

(109) La décision du Bundesgerichtshof met ainsi un terme à la controverse entre les auteurs qui donnent à la clause la valeur d'une présomption "iuris et de iure" et ceux qui ne lui accordent que la valeur d'une présomption "iuris tantum". Sur ce débat, nos réflexions, Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 413, n°21 et Le contrat de garantie - Examen de quelques problèmes juridiques particuliers, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981, 129.

(110) Le droit italien admet de même le cautionnement payable à première demande sous réserve de recours ultérieurs, dit cautionnement "solve e repete" (cf. infra, n°175).

(111) ... sur base de l'enrichissement sans cause (§812 BGB).

(112) HORN H., Bürgschafen und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, N.J.W., 1980, 2154 et s. Comp. von WESTPHALEN G., art. cité, W.M., 1981,296.

(113) La clause "à première demande" cherche en effet *"à assurer une meilleure protection des intérêts du créancier"* qui dispose d'une sûreté facilement exigible.

(114) Sur la notion de degré (Grad) d'accessoriété, lire MEDICUS D., Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS, 1971, 297 et s.

(115) A ce propos, GILLIERON P., Les garanties presonnelles en matière bancaire, Thèse, Genève, 1959, 64 et 65. : *"C'est dire que suivant la nature du risque, le type de la garantie pourra changer. Cela est clairement démontré par la grande variété des garanties utilisées par les banques pour la couverture de leurs engagements. Mais, inversément, on peut en déduire que c'est par la nature même des risques que l'on pourra souvent distinguer les différents types de garanties".*

(116) I.M.P. (Institut Max Planck de Hambourg), Le cautionnement dans le droit des pays membres de la communauté européenne, Travaux de la commission des Communautés Européennes, Série Concurrence, n°14, Bruxelles, 1971, n°57. Une traduction plus claire, sinon plus élégante, de la même phrase du texte allemand serait la suivante : *"Par contre, si la prestation du garant est plus ou moins distincte de l'obligation du débiteur, si elle est promise au créancier indépendamment de celle-ci, le lien avec la créance garantie sera nécessairement relâché, voire totalement tranché (relégué à l'arrière-plan)".*

(117) A ce propos, les conclusions de la jurisprudence et de la doctrine allemandes relatives aux cautionnements délivrés pour le compte des sociétés "expropriées" à la suite de la guerre et aux cautionnements dont le débiteur cautionné a bénéficié des mesures d'ordres légales (Vertragshilfe). Cette jurisprudence et cette doctrine mettent clairement en évidence les limites que la "cause" du cautionnement, c'est à dire les risques souscrits par cette forme de sûreté personnelle imposent à l'accessoriété. (Sur ces conclusions, lire entre autres, BÖNNER M., Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft, Thèse, Köln, 1958 et BETTERMANN K.A., Sicherungszweck und Akzessorietät, NJW, 1954, 1819 et s.)

(118) BECKER L., Persönliche Kreditsicherungen im deutschen und französischen Recht Thèse, Berlin, 1979, 116. Comp. avec nos réflexions, supra, n°92 et s. Dans la jurisprudence, notam. BGH, 28 oct. 1954, W.M., 1955, 265; BGH, 21 févr. 1968, NJW, 1968, 987; OLG, Stuttgart, 8 sept. 1876, W.M., 1976, 881; L.G. Francfort, 8 mars 1977, A.G., 1977, 322.

(119) LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 22 : *"La garantie banc aire doit couvrir aussi le risque d'un déroulement anormal (=irrégulier) (irregulär Verlauf) d'une opération".*

(120) PLEYER K., Die Bankgarantien, op. cit., 8.

(121) RATZ P., H.G.B. Grosskomm., §349 anm. 26.

(122) KÄSER J., Garantieversprechen als Sicherheit, Rabels Z., 1971, 690

(123) KLEINER B., Bankgarantien, op. cit., 35 :*"La garantie souscrit non seulement le risque d'incapacité de paiement du débiteur mais aussi celui de l'inexistence et de l'impossibilité d'exécuter la dette".*

(124) SCHINNERER E., Bankverträge, op. cit., T.II, 145.

(125) MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkeh in Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr (Horn Marshall, Rosenberg, Pavicevic, éd.) Frankfurt/M., 1977,27; comp. SCHINNERER E., op. cit., eod. loco; Graf von WESTPHALEN, art. cit., 297.

(126) VON CAEMMERER E., Bankgarantien im Aussenhandel, Festschrift für O. Riese, Karlsruhe, 1964, 299.

(127) *"La garantie bancaire est un cas particulier du contrat de garantie".*L'affirmation est souvent reprise en particulier dans la jurosprudence autrichienne, ainsi OGH, 23 févr. 1977, Jur. Bl., 1978, 204; OGH 1977, OGHE 4 mai 1977, n°66.

(128) *"La garantie bancaire est une création du commerce et des relations économiques internationales ... c'est un contrat sui generis basé sur la volonté exprimée des parties"*(Graf von WESTPHALEN, art. cité, 295)

(129) PLEYER K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handzl, W.M., 1973, S.B. n°2, 10; SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 1°éd., 129, 3°éd., 289;VON CAEMMERER E. op. cit., 298; CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, Berlin 1975, Anm. 510; AUHAGEN U., Die Garantie einer Bank "auf erstes Anfordern" zu zahlen, Thèse; Wuppertal,1966, 39; MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., Bankgarantien, op. cit., 27; KEMMER H., Technik der Aussenhandels-finanzierung, Francfort, 2°éd.,1970, 90, Note 52; KOPPELMANAS L., op. cit., 553, LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 22; SCHINNERER E., Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, Festschrift für H. Hammerle GRAZ, 1972, 325.

(130) L.G. Francfort, 16 nov. 1962, N.J.W., 1963, 450

(131) En ce sens, lire notam. AUHAGEN U., op. cit., 57 et s.; VON CAEMMERER E., op. cit., 303; CANARIS K.W., op. cit., Anm. 525; SCHÖNLE H., Bank und Börsenrecht, §28, II, 1; SCHEUERMAN A., Bedeutung des Anzahlungsavals, A.W.D., 1959, 194, ZAHN J., Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, op. cit., 227; PLEYER K., op. cit., 26 : *Wie beim Akkreditiv gilt den Grundsatz: Erst zahlen, dann prozessieren"*; METTENHEIM von H., Die missbrauchliche Inanspruchnahme der bedingungsloser Bankgarantien, RiW/AWD, 1981, 582.

(132) PAVICEVIC B., Bankgarantien im Yugoslavischen Recht, in Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, 74.

(133) KLEINER B., Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderruflichen Akkreditiven, S.J.Z., 1976, 354.

(134) Supra, n° 115 et 116.

(135) Cette identité de degré d'abstraction est constamment affirmée par WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, Köln, 1975, 58 et s. Elle est à la base du raisonnement de KÜBLER qui identifie les deux institutions (Feststellung und Garantie, Thèse, Tübingen, 1967, 180 et s.); VON WESTPHALEN F., Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, Heidelberg, 1978, 189.

(136) CANARIS K.W., op. cit., Anm.524; SCHÖNLE H., Bank und Boresenrecht, §28,II, 2; PLEYER K., op. cit.,18; LIESEKE W., op. cit., 25; MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., op. cit., 27; KÄSER J., op. cit., 29; SCHINNERER, Bankverträge, T.II,3°éd.,318 et la longue note 184.

(137) Notamment, ZAHN J., Zahlung und Zahlungssicherung, op. cit., 156; LIESEKE W., Die neuen Rechtsprechung insbesondere des B.G.H. zum D.A., W.M., 1966, 467; SCHÖNLE H., Bank und Börsenrecht, op. cit., 311; dans la jurisprudence, R.G., 12 mars 1934, R.G.Z., 144, 133.

(138) Notamment CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, Anm. 524; VON CAEMMERER E., op. cit., 303. La solution n'est pas douteuse en droit allemand, elle ne fait que reprendre un enseignement doctrinal constant dégagé à propos de l'accréditif et consacré par l'arrêt du Bundesgerichtshof du 18 sept. 1959 (J.Z., 1959, 364, note VON CAEMMERER). A propos du crédit documentaire et de l'impossibilité pour le banquier apériteur ou confirmateur d'un crédit documentaire de se prévaloir de la cession des droits de l'acheteur, lire BORGGREFE W., Akkreditiv und Grundverhältnis, Thèse, Berlin, 1971, 60.

(139) Les décisions récentes relatives au crédit documentaire nalysées par PILGER G., Einstweiliger Rechtsschutz des Käufers und Akkreditivstellers wegen Gewährleistung durch Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegunstigten? RiW/AWD, 1979, 588 (en particulier son commentaire des décisions inédites du Landsgericht de Francfort du 12 septembre 1975 et du 28 octobre 1975 où l'importateur mettait en cause la qualité des produits livrés par l'exportateur sud-coréen). La solution est différente si le litige a déjà été tranché par le juge et que ce dernier a dénié au bénéficiaire du crédit documentaire tout droit au paiement (B.G.H., W.M., 1958, 696).

(140) WESSELY W., op. cit., 69, n°170, note 345.

(141) CANARIS K.W., op. cit., Anm. 428 et 429.

(142) ... à moins que la résolution n'ait été prononcée judiciairement.

(143) Cf.sur lès raisons de ce désintérêt, nos réflexions sur le droit autrichien, infra, n°157.

(144) L'assignation est une institution comparable à notre délégation de paiement imparfaite.

(145) Le Bundesgerichtshof, le 16 décembre 1960 (W.M., 1961, 204), tient ce raisonnement: *"L'obligation de payer à première demande est un engagement spécial qui transforme la garantie en une obligation abstraite"(promesse de paiement abstraite du §780 BGB)*. L'arrêt est suivi par une nombreuse doctrine : STAUDINGER von J., BGB Komm., §765, RdnR., 22; FISCHER K., RGR Komm., 11°éd., 1960, §768, Anm.6; SOERGEL-SIEBERT, BGB, §768, Anm.3; PALANDT O., BGB, §765, Anm.3a, §768, Anm.2c; KASER J., Garantieversprechen im Handelsverkehr, Rabels Z., 1970, 628; ZAHN J., Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, 2°éd., Berlin, 1961, 181; ADEN M., Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Garantiebegünstigte durch den Garantieauftraggeber, RiW/AWD, 1981, 439. STÖTTER (Das Garantieversprechen, D.B., 1972, II, 2145) et KEMMER (Technik der Aussenhandelsfinanzierung, 2°éd., Berlin, 1970, 80) parlent d'institutions parallèles à la promesse abstraite.

(146) Paru in Festschrift für O. Riese, 1964, 294 et s.

(147) C'est à dire l'Urkundenprozess des §§ 592 à 605 Z.P.O. (code de procédure civile). Sur cette procédure rapide permettant une condamnation provisoire dans l'attente d'un jugement définitf, lire la thèse de DABIN (Fondements du droit cambiaire allemand, Liège, 1959, 358 et s.).

(148) Le raisonnement de ZAHN prévoyait explicitement cette possibilité d'exception du garant contre le bénéficiaire de la garantie qui ferait un appel injustifié à la garantie (même raisonnement chez VON GODIN, RGR. Komm. zu HGB, §365, anhang 1, Anm. 62). Il faut remarquer que ZAHN abandonne ce point de vue dans la 4°édition (1968) (p.228 et 229).

(149) Sur l'identité d'application du principe d'abstraction dans l'accréditif et la garantie automatique, supra, n°147.

(150) AUHAGEN U., Der Garantie einer Bank "auf erstes Anfordern" zu zahlen, Thèse, Wuppertal, 1966 (Le promoteur de cette thèse n'est autre que VON CAEMMERER lui-même).

(151) Selon l'expression de VON CAEMMERER, expression souvent reprise par la suite dans la doctrine allemande.

(152) ULMER (Akkreditiv und Anweisung, AcP, 126, 34 et 257) parle de l'accréditif comme d'une "Anweising im weiterem Sinne".

(153) L'assimilation est reprise par la majorité des auteurs. Cf. les références reprises par BORGGREFE S., Akkreditiv und Grundverhältnis, Thèse, Berlin, 1971, 23 et s.; ZAHN J., Zahlungssicherung, op. cit., 19 et s.; WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditiverpflichtung von Deckungsbeziehung, Thèse, Köln, 1975, 48 et 58.

(154) Article 1275 du code civil. L'analogie entre le crédit documentaire et la délégation imparfaite est aussi constatée en droits français et belge:ainsi notam. STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse, Paris, 1957, n°467 et s.; HEENEN J., Le crédit irrévocable, Rev. de la Banque, 1952, 463 et 464.

(155) VON CAEMMERER E., note sous BGH, 18 sept. 1958, J.Z., 1959, 362 et s. Il est à remarquer que l'auteur fonde l'originalité de l'abstraction du crédit documentaire sur le "Sinn und Zweck" de cette institution particulière au commerce international. Plus récemment,BORGGREFE W., op. cit., 44; CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, op. cit., Anm. 461 et 462; SCHÖNLE H., Bank und Börsenrecht, §8 VIII, 2b, 2a.

(156) A ce sujet, les études de WESSELY (Die Unabhängigkeit der Akkreditiverpflichtung von Deckungsbeziehung, Thèse, Köln, 1975); BORGGREFE W.(Akkreditiv und Grundverhältnis, Thèse, Berlin, 1971); ERMAN (Einwirkung der Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank, Festschrift für Rittershausen, 1968, 259 et s.)

(157) Sur la fonction principale du crédit documentaire par opposition à la fonction subsidiaire de la garantie automatique, supra, n°132.

(158) CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, Anm. 522.

(159) PLEYER K., L'appréhension par le droit: République fédérale d'Allemagne,in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 189; von WESTPHALEN F., Rechtsproblem der Exportfinanzierung, Heidelberg, 2°éd., 1978, 172; MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., op. cit., 29; HORN N., Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW, 1980, 2153; Comp. VAN OMMESLAGHE qui parle à propos des garanties bancaires automatiques de "conventions abstraites innommées".

(160) La thèse de KÜBLER (Feststellung und Garantie, Thèse, Tübingen, 1967) critique la théorie de l'acte abstrait tant dans les relations bipartites que tripartites. Nous ne reprenons ici que les développements relatifs à l'acte abstrait dans les relations tripartites.

(161) Cette définition de la cause du cautionnement est constante en droit allemand A ce propos, citons PLANCK (Komm. zum BGB, T.II, 2°partie, Recht der Schuldverhaltnisse (Bes. Teil), 4°éd., Berlin, 1928, 1395, II, 1, e in fine: *"Le but immédiat de la caution est de garantir le créancier de la dette principale"*. Cf. également la déclaration: *"Die Bürgschaft ist ein kausale Rechtsgeschaft"* (RATZ P., HGB Grosskomm., §349, 1; PALANDT O., Komm zum BGB, 36°éd., Einf. vor §765, Anm. 1; ENNECCERUS-LEHMAN, Lehrbuch des BGB, Schuldrecht, T.II,§191, Anm.5; SOERGEL-SIEBERT BGB Komm., vor §765, Anm. 3;FIKENTSCHER W., Schuldrecht, 6°éd., 1977, §92, I; LARENZ K., Lehrbuch der Schuldrechts, T.II (Bes. Teil), 11°éd., 1977, §64,I, 419)

(162) Les conclusions de KÜBLER rejoignent ici les développements récents de la doctrine et de la jurisprudence germaniques qui envisagent entre cautionnement et garantie pure des "Zwischenformen". A propos de ces développements, supra, n° 138 et s.

(163) KÜBLER F., op. cit., 189. La thèse de la nature causale de la garantie automatique ne fut reprise que par SCHÖNLE (Bank und Börsenrecht, §28). Si les développements de KÜBLER relatifs à la nature causale de la garantie automatique eurent peu de succès, son explication causaliste parallèle de l'engagement du banquier, émetteur d'une carte de banque est, par contre, fréquemment reprise (notamm. par WENTZEL K., Das Scheckkartenverfahren der deutsche Kreditinstitute, Thèse, Köln, 1975, 106 et s. et ZÖLLNER W., Zur rechtlichen Problematik der Schekkarte, B.B., 1968, 563).

(164) KÄSER J., Das Garantieversprechen im Handelsverkehr, Rabels Z., 1971, 614.

(165) SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 3°éd., 297; KLEINER de même se refuse à parler de la nature abstraite du contrat de garantie. Les deux auteurs se réfèrent à la démonstration de KOSIOL (Zur Gultigkeit abstrakter Schuldverträge im osterreichischen Recht, Gedenkschrift für Gschnitzer, 1969,244) qui affirme que la question de la nature causale ou abstraite des sûretés personnelles a été mal posée à cause de la perpétuelle confusion entre deux conceptions de la cause: celle du "typische Verkehrszwecke" (cause formelle) et celle du "Rechtsgrund" (cause matérielle). En Allemagne, dans le même sens que KOZIOL, les remarques de ZEISS W., Der rechtliche Grund (§812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, AcP 164 (1964), 59 et s.

(166) A cet égard, la référence de SCHINNERER (T.II, 284) aux arrêts autrichiens qui se refusent à parler de garantie abstraite mais se contentent de parler de garantie autonome (Cf. cependant OGH, 23 févr. 1977, Jur. Bl., 1978, 204).

(167) On notera cependant les remarques anciennes d'un auteur allemand: COHN , Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte, AcP, 135, 78, en particulier la note 18.

(168) Le principe est constamment rappelé dans la doctrine allemande. Cf. notamment NIGGERMANN F., How to stop fraudulent payment demands out of first demand bank guarantees, I.C.L.F., Rev., 1981, 345; SCHÜTZE, R.A., Einstweilige Verfügungen und Arreste im internationalen Rechtsverkehr, W.M., 1980, 1438; Dans la jurisprudence, v. les attendus de L.G. Frankfurt, 12 févr. 1974, W.M., 1974, 956.

(169) PLEYER K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel, W.M., 1973, 18

(170) AUHAGEN U., op. cit., 57 et 77; Sur le fait que la mauvaise foi doit s'apprécier au regard du contrat de garantie et non au regard du rapport de valeur, KLEINER B., op. cit., 47; KÄSER J., art. cit., Rabels Z., 1971, 625; etc.

(171) AUHAGEN U., op. cit., 58 et 59. Comp. PLEYER K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel, W.M., 1973, 19: *"Ce n'est pas sur base de l'opération garantie mais bien sur base de son propre rapport avec le bénéficiaire que le banquier, lors de l'appel, refuse le paiement"*; VON WESPHALEN F., Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2°éd., Heidelberg, 1978, 189; MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., op. cit., 39.

(172) von WESTPHALEN F., op. cit. , 113.

(173) PLEYER K., op. cit., 18; MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., op. cit., 39; SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 318; CANARIS K.W., op. cit., Anm.524; KLEINER B. op. cit., 160: *"Cependant, le garant lors d'un abus manifeste est non seulement autorisé (nicht nur berechtigt) mais en outre sur base du mandat, obligé (verpflichtet)".* Cette affirmation de KLEINER qui fonde l'obligation de la banque de refuser le paiement sur le mandat du donneur d'ordre est à notre avis critiquable. L'obligation de la banque est directement fondée sur le principe général de l'abus de droit.

(174) METTENHEIM von H., Die missbrauchliche Inanspruchnahme bedingunsloser Bankgarantien, RiW/AWD, 1981, 581.

(175) La limite de la prise en considération de l'exception est admise par tous les auteurs allemands :
MARSCHALL von BIEBERSTEIN W., op. cit., 39; CANARIS K.W., op. cit., 524, VON CAEMMERER E., op. cit., 303; AUHAGEN U., op. cit., 77; KÄSER J., op. cit., 625; LIESEKE W., op. cit., 26; FINGER P., Formen und Rechtsnatur der Bankgarantien, D.B., 1969, 209; von WESPHALEN F., op. cit., 113; DÖHM J., op. cit., 266 et s.; HORN N., art. cit., N.J.W., 1980, 2158. SCHÜTZE R.A., Einstweilige Verfügungen und Arreste im internationalen Rechtsverkehr, inbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Bankgarantien, W.M., 1980, 1441; NIGGERMANN F., op. cit., 346.
auteur suisse:
KLEINER B., op. cit., 47; du même auteur, Die Zahlungspflicht, S.J.Z., 1976, 47.
auteur autrichien:
SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 318 et 319 et les autres écrits de cet auteur.

(176) Cf. sur cette stricte neutralité du banquier ou son "Mittlerolle", PLEYER K., op. cit., 9 et 18; LIESEKE W., op. cit., 26; METTENHEIM H., op. cit., 583; dans la jurisprudence, OLG Stuttgart, 25 janvier 1974, W.M., 1979, 734.

(177) La qualification du rôle de la banque apéritrice comme "Mittlerolle"est fréquente dans les droits germaniques. Cf. notamm, BGH, 18 sept. 1959, J.Z., 1959, 36; WESSELY W., op. cit., 13; KÄSER J., Das D-A in Rechtsprechung und Gesetzgebung der Vereinigten Staaten von Amerika, Rabels Z., 1956, 73; SCHINNERER E., Rechtsfragen im internationalen Akkreditivgeschäft, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1961, 1 et 9.

(178) Noter:-*"De simples divergences entre le client de la banque et le bénéficiaire ne peuvent suffire, la banque ne peut refuser que lors de demandes manifestement non autorisées (Offensichtlich unberichtigte Anforderungen)".* O.L.G. Stuttgart, 25 janv. 1979, RiW/AWD 1980, 729 et O.L.G. Hambourg, 7 juillet 1977, W.M., 1978, 260 (à propos d'une garantie documentaire) ;
-*"Il est évident que d'autres principes doivent valoir en cas de comportement frauduleux (Betrugerische Verhalten) du bénéficiaire"* (O.L.G., Francfort, 12 févr. 1974, W.M. 1974, 956);
-*"L'exclusion des exceptions n'a qu'une limite, celle de la bonne foi (Treu und Gleuben). Ce principe s'oppose à une demande frauduleuse de la garantie par le bénéficiaire"* (O.G.H., 23 févr. 1977, Jur. Bl., 1978, 204; O.L.G. Stuttgart, 25 janv. 1979, W.M., 1979, 734).

(179) O.G.H., 4 mai 1977, O.G.H.E., 1977, n°66.

(180) Comp.:*"Des exceptions tirées de l'opération de base ne peuvent affecter fondamentalement les obligations nées d'une garantie bancaire abstraite. Si l'appel à la garantie est frauduleux((rechtsmissbrauchliche) et présente un cas d'abus de droit (unzulässiger Rechtsausübung), la banque garante est obligée dans son rapport avec son client de ne pas payer la garantie.*

Un comportement frauduleux n'est à affirmer (bejahen) qu'en cas de comportement dolosif et en outre quand manifestement l'événement garanti n'est pas arrivé. Le droit de refuser de la banque présuppose que cet abus était connu de la banque - il doit exister des fondements solides pour (la preuve) du dol - et prouvable sans difficultés. La banque ne peut être entraînée dans des procès à l'issue incertaine". (O.L.G. Saarbrucken, 23 janv. 1981, W.M., 275; RiW/AWD, 1981, 338 et s.).

(181) O.L.G. Frankfurt, 12 février 1974, W.M., 1974, 956.

(182) Cf. les études signalées supra, n° 152, note 156, dont les conclusions sont unanimement reprises.

(183) A cet égard, CANARIS K.W., op. cit., Anm. 524; EISEMANN F., Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. de l'Arbitrage, 1972, 379 et s. (Cet auteur fait remarquer que non seulement de tels cas sont rares, mais qu'en outre la décision de la condamnation du bénéficiaire n'entraîne pas ipso facto l'affirmation du non - droit de ce dernier au bénéfice de l'accréditif ou de la garantie); WESSELY W., op. cit., 66; dans la jurisprudence, BGH, 24 avril 1958, W.M., 1958, 696 (il s'agissait d'un accréditif).

(184) BORGGREFE J., op. cit., 38; WESSELY W., op. cit., 69; ZAHN J., op. cit.141; pour la garantie, lire LIESEKE W., op. cit., 25; CANARIS K.W., op. cit.,Anm.524. Pour un cas d'application, lire l'affaire récemment jugée par les tribunaux anglais, United City Merchants Ltd v. Royal Bank of Canada, 14 avril 1981, 3W.L.R., 241 (1981). En l'occurrence, le montant du crédit documentaire ne correspondait en aucune manière à l'importance du contrat commercial et la réalisation du crédit documentaire permettait dès lors une exportation de capitaux contraire aux accords de Bretton Wood. Le juge refusa le paiement du crédit documentaire pour le montant qui dépassait la couverture de l'opération commerciale. SCHINNERER E. développe les mêmes conclusions à propos de la garantie automatique (SCHINNERER E., op cit., 318, note 184).

(185) O.L.G., Hambourg, 4 nov. 1977, RiW/AWD, 1978,615.

(186) O.L.G. Stuttgart, 25 janv. 1979, RiW/AWD, 1980, 729.

(187) W.M., 1981, 633.

(188) On rapprochera de cette décision l'ordonnance de référé du Landsgericht de Francfort du 29 novembre 1979, reprise et commentée par DÖHM (D.P.C.I., 1980,262): Le donneur d'ordre faisait valoir que les certificats sanitaires qui accompagnaien le bétail livré rendaient manifestement abusive la demande du bénéficiaire africain selon les dires duquel le bétail était contaminé. Le juge sans examiner si de ce fait, au vu des circonstances, la demande du bénéficiaire était manifestement abusive, affirme qu'il n'y a pas lieu de s'interroger sur le caractère abusif ou non de la demande du bénéficiaire lorsque la demande émane du garant. Le contre-garant s'est engagé vis-à-vis du garant. Il n'y a donc pas d'obligation envers l'importateur et une ordonnance pour demande abusive de ce dernier est dès lors inconcevable.

(189) O.L.G. Saarbrucken, 23 janvier 1981, RiW/AWD, 1981, 338 et s.

(190) En effet, relève le juge, les marchandises ont pu être abîmées dans le transport. Comp. avec l'affaire de Francfort, étudiée note 188.

(191) Toutes les décisions étudiées refusent de voir dans le fait que la banque garante et le bénéficiaire sont tous deux des organes étatiques ou para-étatiques, une quelconque preuve de leur complexité.

(192) von WESPHALEN F., art. cit., W.M., 1981, 302; DÖHM J., Contre-garantie et injonction de na pas payer, D.P.C.I., 1980, 265 et s.

(193) OLG Stuttgart, 11 févr. 1981, Z.I.P., 1981, 497.

(194) L.G. Braunschweig, 22 mai 1980, W.M., 1981, 278.

(195) A propos de la pratique des clauses arbitrales de renégociation, supra n°74 et 75.

(196) L.G. Dortmund, 9 juillet 1980, W.M., 1981, 280; L.G. Frankfurt, 11 déc.1979, W.M. 1981, 284; D.P.C.I., 1980, 264 et s., note DÖHM J.; N.J.W., 1981, 56, note HEIN Th.. Sur ces deux décisions, NIGGERMANN F., op. cit., 348 et s..

(197) Cette jurisprudence est par ailleurs très peu motivée (v. infra, n°196 et 19

(198) C'est le titre de l'article de DE SIMONE paru in B.B. e Tit. di C., 1978,I, 85 et s.

(199) Les praticiens italiens utilisent indifféremment les deux dénominations.

(200) MORERA R., In terma di fideiussione nel diritto tedesco, B.B e Tit di C., 1963, I, 271 et 272. Il faut noter en outre l'article d'un auteur allemand paru dans une revue italienne (HADDING W., I contratti di garanzia bancaria, Giust. civ., 1979, IV, 129). Cet article eut un énorme retentissement dans la doctrine italienne.

(201) Sur cette distinction, cf. supra, n° 134 et 135.

(202) MACCARONE S., V° Contratto di garanzia, in Diz. del diritto privato, Diritto commerciale (a cura di N. IRTI), Milano, 1981, 379 et s.; Comp. GARONE G., Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia bancaria nella pratica contrattuale, B.B. e Tit. di C., 1978, I, 472; BENATTI F., Garanzia (Contratto autonomo di garanzia), Novissimo Digesto italiano, Appendice, Torino (en cours de publication)).

(203) *"Le cautionnement (fideiussione) n'est pas valable si l'obligation principale n'est pas valable ..."* Cette disposition doit être lue conjointement avec l'article 1945 suivant lequel *"la caution (fideiussione) peut opposer aux créanciers toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, sauf celles déroulant de l'incapacité (de ce dernier)"*.

(204) FIUME, 9 mars 1935, Riv. dir comm., 1935, II, 321.

(205) Comp. avec l'arrêt du B.G.H., 2 mai 1979 et le commentaire de HORN, repris supra n°140, note 108.

(206) Pour la nullité de la clause "solve e repete" adjointe à un cautionnement, lire FAVARA E., Fideiussione di obbligazione principale invalida e validita della clausola chi estende la garanzia fideiussoria anche a tale ipotesi, Econ. e Cred., 1974, 940; RAVAZZONI A., La fideiussione, Parma, 3°éd., 1975, 281, CAPOBIANCO R., Rass. di giurisprudenza sulla fideiussione, B.B. e Tit di C., 1960, II, 443.

(207) *"Puisque la norme de l'article 1941 CC, selon laquelle la fideiussione ne peut excéder ce qui est dû au débiteur, constitue un principe de loi indérogeable, il faut retenir nulle la clause "solve e repete" mise à charge du fideiusseur à moins qu'une clause identique n'ait été mise à charge du débiteur".* (Cass., 13 août 1953, Rep. Foro it., 1953, v. Fideiussione n°2) Comparer l'attendu de l'arrêt du 19 mars 1959, Giust. Civ., 1959, 1157: *"L'invalidité de l'obligation principale entraîne l'invalidité de celle de la caution, en raison précisément de son caractère accessoire".*

(208) FRAGALI M., Fideiussione e Mandato di Credito, Comm. del codice civile (a cur Scialoja e Bianca), Bologne, 1962, sub. art. 1941, 325, note 20; v. également du même auteur V° Fideiussione, n°13 et 22, litt. C.: *"La clause solve e repete, qui ne rend pas plus dur la fideiussione, n'est pas contraire à la cause du cautionnement. Elle diffère la proposition des exceptions sans l'exclure".*

(209) *"Le juge recourera en outre à un critère de raison politique. En principe, les techniques destinées à renforcer le crédit sont favorisées par l'ordre juridique italien. De là résulte aussi la tendance déjà rappelée à retenir valide la clause "solve e repete" dans la fideiussione"* (CASELLA M., Le garanzie personali in Italia nei secoli XIX° e XX°, in Les sûretés personnelles, Rec. Soc. J.Bodin, T.XXX, 200, note 19 in fine).

(210) Dir e giur., 1968, 830, B. B. e Tit. di C., 1967, II, 38.

(211) ... ce qui équivaut à notre engagement solidaire.

(212) Notons le texte de l'article 1322 code civil à la fois fondement du principe de l'autonomie contractuelle et fondement principal de la théorie de la cause en droit italien : *"Les parties peuvent conclure des contrats qui n'appartiennent pas aux types ayant une réglementation particulière, pourvu qu'ils soient dirigés vers la réalisation d'intérêts dignes de protection"* (+).

(213) On devrait parler de formes contractuelles "innomées" (par le code civil) et non de formes "a-typiques". Sur cette réflexion, lire SACCO R., Autonomia contrattuale e tipi, Riv. dir. e proc. civ., 1966, 785 ; PORTALE G.B., Fideiussione e Garantievertrag, Nella prassi bancaria, in Le operazioni bancarie (a cura di G.B. PORTALE), T.II, 1052.
L'arrêt de la cour de Cassation du 22 mai 1979 (Bancaria, 1980, 987) confirme et développe le point de vue déjà exposé en 1966: *"La disposition de l'article 1945 C.C., selon laquelle le fideiusseur peut opposer au créancier toutes les exceptions existant dans le chef du débiteur principal, n'exclut pas une évaluation particu-*

(+) Nous soulignons.

lière de chaque exception. On se référera au caractère de cette exception et au contenu du "cautionnement" concrètement voulu. A priori, on ne peut donc retenir comme cause extinctive de l'obligation de la caution l'impossibilité survenue d'exécuter la prestation du débiteur lorsque une garantie contre cette impossibilité a constituée, dans l'esprit des parties, la raison même du contrat de "cautionnement".

(214) Contre l'admissibilité de clauses dérogeant à l'accessoriété. Cf. les deux articles se référant à l'arrêt étudié: MARINI A., note sous Cass., 3 sept.1966, Dir. e Giur., 1968, 830); FAVARA E., art. cit., Econ. e Cred., 1974, 936 et s. On retrouve les mêmes affirmations chez RAVAZZONI (V° Fideiussione, Nuovo Digesto Italiano, vol. VII, 280 et réf. Dans ses écrits ultérieurs de 1973 et 1978 sur le même thème, ce dernier auteur abandonne cette opinion.

(215) L'expression est de CAVALLI G., Contratti bancari sul modulo e problemi di tutela del contraente debole, Torino, 1976. Elle est citée et critiquée par PORTALE G.B., Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria, op. cit., 1047; MOLLE G., In tema di contratto autonomo di garanzia, Bancaria, 1980, 1255.

(216) Pret. di Ferrara, 9 déc. 1980, Foro Pad., 1980, I, 382, note ABBASTESCIMI G..

(217) FRAGALI M., Il richiamo a norme dell'avallo, B.B. e Tit. di C., 1967, II, 312 et s. L'auteur étudiait déjà en 1957 dans son commentaire du code civil le cautionnement donné sciemment pour une dette invalide ou inefficace (op. cit., 215 et s.) et en affirmait la validité.

(218) A ce propos, FRAGALI reprend les conclusions de la thèse de ROSSI (L'avallo come garanzia cambiara tipica, Milano, 1962). Ce dernier critique tant l'approche allemande qui oppose l'aval et le cautionnement que l'approche française qui les confond: *"La vérité est que le concept de garantie n'est contradictoire ni avec la nature accessoire, ni avec la nature autonome de l'obligation de garantie, de telle sorte que l'aval et le cautionnement sont deux sous-espèces du même concept et c'est une grave erreur d'appréciation de considérer l'une ou l'autre comme le prototype de la sûreté personnelle".*

(219) *"La clause d'aval n'est pas une renonciation au caractère subsidiaire de l'obligation de la fideiussione même si le créancier se voit satisfait nonobstant les vices de la dette principale ... On ne peut en effet qualifier de primaire une obligation dont on ne peut réclamer l'exécution qu'après qu'il résulte, pour une raison ou une autre, que l'intérêt du créancier n'est pas réalisé".* (FRAGALI M., art. cit., B.B. e Tit. di C., 1967, 322).

(220) *"Un système qui étend la garantie "fideiussoria" à l'hypothèse de l'incapacité de l'obligé principal ne peut avoir pour conséquence un "ostracisme" absolu vis-à-vis des garanties "fideiussorie" pour l'obligation annulable pour d'autres motifs"* (FRAGALI M., art. cit., B.B. e Tit.di C., 1967,I, 324. Le commentaire publié en 1957 (op. cit., 215) notait déjà: *"Mais le tiers-garant qui a des obligations en fonction d'un contrat de base nul, si la nullité ne dérive pas de causes d'illicéité, peut à coup sûr exercer son autonomie dans le sens qu'il peut s'obliger comme si le contrat n'était pas nul".*

(221) Supra, n°144, l'équivalence de la garantie automatique à un "Bardepot" en droit allemand. De façon générale, sur l'existence de cette pratique dans tous les pays, notre article, Les incertitudes relatives à la nature juridique de l' assurance-caution, Bull. Assur. 1979, 11, n°6. On trouvera une étude complète du sujet en droit italien et comparé, in MEREGALLI D., La polizza fideiussoria, Esperience comparatische, Thèse, Milano, 1980.

(223) Cass. 7 sept. 1968, Assic., 1969, II, 123 et s., note V. GERI,

(224) Pour GERI , l'objet de cette forme intermédiaire est précisémment le versement de la cauzione : *"Ne constitue pas une dérogation au principe général de l'article 1945 C.C. (opposabilité par la caution des exceptions débiteur principal-créancier) l'affirmation selon laquelle pour rendre vraiment efficient la substitution de l'assurance caution au dépôt, l'assureur doit être prêt, à tout moment et avec des possibilités limitées d'opposition, à verser la "cauzione". Ce principe est requis du fait que l'assurance-caution doit jouer le rôle du dépôt lui-même"*. FRAGALI critique cette conception consacrant une "forme mixte" de sûreté à la fois personnelle et réelle. (FRAGALI M., Recente indirizzi sulla natura dell'assicurazione fideiussoria, B.B. e Tit di C., 1972,I, 515.

(225) RAVAZZONI A., Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie, Assic., 1973, 540 ; du même auteur, Le c.d. cauzioni fideiussorie, in Le operazione bancarie (a cura di G.B. PORTALE), Milano, 1978, II, 1025 et s.

(226) RAVAZZONI A., art. cit., Assic., 1973, eod. loco.

(227) MUNGARI V., Sulle garanzie cauzionali (contract Bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all' estero, Assic., 1979, I, 202.

(228) Comp. PARTESOTTI G., Polizza fideiussoria e "note di credito", B.B e Tit. di C., 1979, I, 204, n°2: *"Si les parties règlent spécifiquement le moment du recours du bénéficiaire ... est évidente leur volonté de déroger à la norme commune en se trouvant désormais dans la figure a-typique de la garantie"*.

(229) Trib. civ. Milano, 15 juin 1978, inédit(Nous avons publié par extrait le texte de cette décision en annexe de l'article, Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 458 et s.) et Milano, 4 mars 1980, B.B. e Tit. di C., 1981, II, 83.

(230) La décision se réfère à l'arrêt de la cour de Cassation du 3 septembre 1966, étudié supra, n°176.

(231) Comp. avec la critique faite par certaine doctrine allemande à l'approche dichotomique, supra, n°138 et s.

(232) *"A nous, il nous semble qu'à travers la clause d'extension et les autres conventions de dérogations au régime légal, le cautionnement bancaire se transforme d'une forme de garantie de l'exécution d'une obligation en une garantie contre le risque d'inexécution de la prestation ou, simplement, en garantie du risque technique"*(MACCARONE S., op. cit., 382).

(233) Sur cette transformation de la sûreté personnelle par l'élargissement (allargamento) nécessaire des droits du créancier, BRIGANTE E., Contratti di garanzia ed esercizio dell credito nella prassi bancaria italiana, Vita Notariale, 1980, 1077; RESCIGNO R., Il problema della validita delle fideiussione c. d.omnibus, B.B e Tit. di C., 1972, II, 30.

(234) PORTALE G.B., Fideiussione e "Garantievertrag" nella prassi bancaria, in Le operazioni bancarie (a cura di G.B. PORTALE), Milano, T.II, 1043 et s.; du même auteur, Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria, paru in JuS, 1977, 3 et s.

(235) En partic ulier MAZZONI A., Les garanties bancaires en droit italien, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981, 279 et s.; MACCARONE S., La fideiussione bancaria come contratto atipico , in Le garanzie reali e personali nei contratti bancari, Alti del convegno C.I.D.I.S., Milano, 1976, 151 et s.; du même auteur, V° Contratto autonomo di garanzia, in Diz. del diritto pricato, a cura di N. IRTI, Milano, 1981, 379 et s.; BRIGANTI E., Contratti di garanzia ed esercizio del credito nella prassi bancaria italiana, Vita Notariale, 1980, 1061; BENATTI F., art. cit., Novissimo Digesto italiano, 1981, n°3.

(236) Etudié supra, n°176.

(237) Portale reprend ici les conclusions de la thèse de DE NOVA (Il tipo contrattuale, Padova, 1974). A la suite de LARENZ, DE NOVA oppose "concept" et "type": le concept est clos, il se définit a priori par un ensemble d'éléments prédéfinis et stables; le type, par contre, est ouvert, il varie suivant les exigences de la réalité sociale telle que le droit la reconnaît.

(238) Ainsi PORTALE reproche à la doctrine italienne classique opposée à la validité des sûretés personnelles non-accessoires,d'avoir tiré du fait que la convention concrète, par sa dérogation au caractère accessoire, ne rentrait pas dans la structure légale du cautionnement, la conclusion de la nullité d'un tel cautionnement.

(239) Comp. avec l'approche dichotomique allemande qui, à la limite, met sur le même pied, le cautionnement d'un incapable (=Garantievertrag) et la garantie à première demande (=Garantievertrag).

(240) PORTALE G.B., op. cit., 1054 et 1055.

(241) ... qui permet de la distinguer du "credito documentario" qui a une "funzione di pagamento".

(242) Comp. nos conclusions du titre I, supra, n°96 et 97.

(243) RAVAZZONI A., Note sous Cass., 8 févr. 1963, Foro Pad., 1964; I, 172.

(244) Pour PORTALE, "abstrait au sens technique" signifie qimplement ce que nous avons appelé l'abstraction, c'est à dire le degré d'indépendance d'un acte juridique par rapport à d'autres actes juridiques avec lesquels il est interdépendant

économiquement. Cette abstraction de la garantie s'explique, d'après PORTALE, par la cause de ce contrat et non par sa nature abstraite.

(245) Cass. 7 sept. 1968 (supra, n°180). Dans le même sens, MUNGARI V., op. cit., 56.

(246) En particulier, la décision du tribunal de l'Aquila du 26 mai 1966, citée supra, n°180.

(247) Milano, 4 mars 1980 (supra, n°182).

(248) Comp. les conclusions des droits germaniques, supra, n°147 et s. et des droits anglo-saxons, supra, n°123.

(249) La doctrine pandectiste de la cause peut être résumée comme suit: *"La convention pure, le pactum ... ne suffit pas à engendrer une "obligatio". La convention doit recevoir, assumer (erhalten) la nature propre (spécificité=Eigenschaft) d'un contrat pour engendrer une "obligatio" exigible.Cette nature propre gît dans la forme, cause formelle de l'"obligatio" (formalis causa obligationis) qui rend contrat (contractus) la convention."* (PUCHTA G.F., System und Gesichte des römische Privatrechts, 9°éd., Leipzig, 1883, §250) . Comp.: *"Dans toute convention,il faudra distinguer d'une part, le règlement des intérêts privés et d'autre part, une raison pratique typique immanente à la convention qui concrétise ces intérêts privés, une "cause", un intérêt social objectif et socialement contrôlable dans le cadre duquel doivent se ranger les intérêts privés"*(BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, T.III, Torino, 1955, 174; du même auteur, Der Typenzwang bei den Romischen Rechts und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts, Festschrift für K. Wenger, T.I, München, 1944, 249 et s.).

(250) Selon le vocabulaire aristotélicien; à ce propos, notre mémoire, op.cit., n°40 et s.

(251) Notamment BETTI E., Teoria, op. cit., 183; BONFANTE P., Il contratto e la causa del contratto, Scritti giuridici, T.III, 129; PUGLIATTI E., Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico, Diritto civile, Saggi, Milano, 1951, 105. Cf. également les nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles citées par GIORGIANNI M., V° Causa, op. cit., 563 et s.; MESSINEO F., Il contratto in genere, in Trattato di diritto civile e commerciale, vol.XXI, T.I, Milano, 2°éd., 1973, 111. Contre cette théorie dite "mystico-paternaliste", lire FERRI G.B., Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1966, 124 et l'article de BESSONE M. et ROPPO E., Il problema della causa nei suoi profili attuali - Materiali per una discussione, Ann. Genova, 1972, 558 et s.

(252) GIORGIANNI M., La causa, op. cit., 54: *"La solution du problème doit tenir compte des deux aspects, subjectif et objectif, qu'assume comme on a vu l'élément causal ... la présence de l'élément subjectif (la cause-fonction) est suffisante pour la validité du contrat, alors que celle de l'élément objectif est nécessaire exclusivement pour la conservation des effets de ce contrat".*

(253) Que GIORGIANNI (op. cit., 50 et s) identifie avec le "Rechtsgrund" de la théorie allemande de la cause.

(254) A ce propos, supra, n°175 et s.

(255) A ce propos, supra, n°179 et s.

(256) A ce propos, supra, n°186 et s.

(257) MAZZONI A., op. cit., 293.

(258) Comp. avec les développements repris supra, n°180 à propos des assurances-cautionnement, et notre renvoi aux doctrines et jurisprudences germaniques. Cf. aussi dans le même sens, MACCARONE S.,op. cit., 383; VALIGNANI M., note sous Trib. de Bologne, 15 mai 1981, B.B. e Tit. di C., 1981, II, 175.

(259) Cf. sur cette décision, nos commentaires, supra n°182.

(260) Cette explication par la nature abstraite n'est reprise que par MAZZONI pour conclure d'ailleurs à son rejet.

(261) Comp. notre article 1108 C.C.

(262) PORTALE G.B., op. cit., 1063 et 1064; le raisonnement est repris par MAZZONI A., op. cit., 294; MACCARONE S., op. cit., 384; BENATTI F., art. cit., Novissimo Digesto ilaliano, 1981, n°5 in fine.

(263) SCALISI appelle de tels contrats des contrats *"astratti con causa eterna"*, sans toutefois nier leur nature causale (SCALISI V., V° Negozio astratto, Enc. del diritto, Milano, 1980, n°26).

(264) *"A cet endroit, il faut simplement rappeler que l'ordre juridique italien connaît aussi des situations dans lesquelles l'attribution patrimoniale ne se présente pas comme conséquence d'un contrat qui contient en soi sa cause sans que ceci impose de considérer abstrait le contrat".* (PORTALE G.B., op. cit., 1063 in fine). NOCELLI (note sous Cass., 19 déc. 1975, Foro it., 1976,I, 1583) développe lamême idée.

(265) MAZZONI A., op. cit., 294 et ses remarques à propos de la construction analogue du crédit documentaire : *"Cette analyse rend manifeste l'analogie structurelle existant entre la garantie bancaire "automatique" et le crédit documentaire".*

(266) Rappelons que pour l'ensemble de la doctrine italienne, la cause du cautionnement est sa *"cause-fonction"*, c'est à dire *"la garantie de l'exécution de l'obligation d'autrui"*. En ce sens, FRAGALI M., V° Fideiussione, Enc. del diritto, 1968, n°10, 355; du même auteur, Fideiussione, Mandato di credito, in Comm. del Cod. civ. (a cura di Scialoja e Branca),Liv.IV, 1975, 124, 127; CAMOGRANDE V., Trattato della fideiussione, Milano, 1902, 53; BO G., V° Fideiussione, Novissimo Digesto italiano, Vol.V, 1112; DE MARCO M. et SPARANO E., Rass. di Giur. sulla fideiussione bancaria, B.B e Tit. di C.,1977, 241; RAVAZZONI A., La fideiussione, Milano, 3°éd., 1975, 108.

(267) A ce propos, déjà les commentaires de FRAGALI dans sa note sous l'arrêt de la cour de Cassation du 3 sept. 1966, supra, n°178.

(268) La doctrine et la jurisprudence françaises développent cette notion de cause matérielle du cautionnement (infra, n°315 et s., leurs développements).

(269) Ainsi, les affaires Zansi Fruit Growing Equipment S.r.l. c. Credit Italiano (Pret. Ferrara, 9 déc. 1980); Pino Estensore e Regginani Officine Meccaniche Italiene S.p.a., c. Credito Italiano (Pret. Reggio Emilia, 10 oct. 1978 et 23 avril 1979). Il faudrait citer en outre deux affaires bolognaises inédites (Pret. Bologna, 17 mars 1981, Fall. Lenzi Costruzioni c. Credito Romagnolo; Pret. Bologna, 28 mars 1981, Ind. Dal. Vera S.p.A. c. Credito Romagnolo).

(270) Pret. Reggio Emilia, 10 oct. 1978, Foro Pad., 1979, I, 254, note M. RUBINO SANMARTINO, même réflexion in Trib. Milano, 26 janvier 1979, Foro Pad., 1979, I, 244; Pret. Ferrara, 9 déc. 1980, Foro Pad., 1980, I, 382, note G. ABBATESCIANNI. Dans toutes ces hypothèses, il s'agissait de "cautions" de bonne fin émises pour des opérations à la grande exportation. Cf. aussi Pret. San Miniato, 18 juillet 1980, inédit.

(271) *"Le contrat de cautionnement passif convenu entre le soumissionaire et un institut de crédit italien en faveur d'un bénéficiaire étranger apparaît vicié sur base de l'article 1941 du code civil quand il a pour objet une garantie prestée à des conditions plus onéreuses que celles de l'obligation principale"*(Pret. Ferrara, 9 déc. 1980, Foro Pad., 1980, I, 382: L'attendu est critiqué par l'annotateur: cf. sur la question, supra, n°177). Cf. aussi Pret. Reggio Emilia, 10 oct. 1978, Foro Pad., 1979, I, 244.

(272) L'argument est repris in Pret. Reggio Emilia, 23 avril 1979. Le juge fait remarquer que le défaut de paiement par la banque italienne contre-garante n'aura aucune conséquence pour elle et qu'on ne doit pas craindre de recours du garant ou bénéficiaire iraniens.

(273) Pret. Milano, 17 nov. 1980, inédit.

(274) Le préteur note à ce propos que le donneur d'ordre a reçu à plusieurs reprises signification du fait que les marchandises livrées ne présentaient pas les caractéristiques techniques prévues au contrat.

(275) Pret. San Miniato, 18 juillet 1980, inédit.

(276) En ce sens, les critiques des annotateurs:RUBINO-SANMARTINO M., Provvedimenti di urgenza nei rapporti internazionali, Foro Pad., 1979, I, 245; du même auteur, Performance Bonds and Injunctions, Law Society's Gazette, 4 fév. 1981, 130; ABBASTESCIANNI G., Provvidimento di urgenza e fideiussioni bancarie di buona esecuzione, Foro Pad., 1980, 383; VALIGNANI M., L'intervento del giudice nei crediti documentari e nelle garanzie bancarie internazionale, note sous Trib. Bologne, 15 mai 1981, B.B. e Tit. di C., 1981, II, 170. La décision de Bologne concernait un crédit documentaire. Le tribunal refusait l'octroi d'un référé qui avait, selon le juge, pour seul but de retarder le paiement du crédit documentaire jusqu'à la décision judiciaire quant aux litiges nés du rapport de base.

(277) BENATTI F., op. cit., n°7.
Le principe de la bonne foi (buona fide) est consacré par l'article 1175:
"Le débiteur et le créancier se comportent selon les règles de la correction en relation avec les principes de la solidarité corporative"
par l'article 1375:
"Le contrat doit être exécuté selon la bonne foi".

(278) L'hypothèse est à rapprocher de celle où dès le départ, l'opération garantie n'existe pas (hypothèse du Scheingeschäft, cf. supra, n°163).
Mentionnent cette hypothèse: MAZZONI A., op. cit., 300; PORTALE G.B., op. cit., 1047.

(279) GARONE G., Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia bancaria nella pratica contrattuale, B.B. e Tit. di C., 1978, I, 174.

(280) Comp. en effet la formule allemande "liquide und eindeutige Beweismitteln" (supra, n°161 et 162). On remarquera cependant qu'à l'inverse de la doctrine allemande, la doctrine italienne semble distinguer les hypothèses du devoir du banquier de refuser le paiement et l'hypothèse du droit du donneur d'ordre d'empêcher le paiement. Nous reviendrons sur cette distinction, infra, n° 338

(281) PORTALE G.B., op. cit., 1065 et s.

(282) MACCARONE S., op. cit., 385 et 386, n°6.

(283) MAZZONI A., op. cit., 301.

(284) Ainsi MARINI A., Sull'art. 1939 del codice civile, Dir e giur., 1968; SEGNI M. La lettre de patronage come garanzia personale impropria, Riv. dir. civ., 1975, I, 128 et s.

(285) Trib. civ. Milano, 15 juin 1978, étudié supra, n°182.

(286) Comp. avec l'analyse germanique, supra, n°146, qui évoque le "renversement du rôle des parties" (Umkehrung der Parteirolle) au rapport commercial de base, renversement provoqué par la délivrance de la garantie bancaire automatique et le résumé par le slogan "Erst zahlen, dan prozessieren".

(287) PORTALE G.B., op. cit., 1466.

(288) C'est ce que PORTALE appelle suivant la dénomination allemande, les "Verträge mit Schutzwirkungen für Dritte" (contratti con efficacia di protezione per terzi) A propos de ces contrats, LARENZ K., Lehrbuch des Schuldrechts, T.II, Bes. Teil, München, 11°éd., 1977.

(289) Ainsi la décision du tribunal de commerce de Lyon du 9 mai 1957 (R.G.A.T., 1958, 148, dont appel (Lyon, 28 nov. 1960, R.G.A.T., 1965, 93) concernait un cautionnement à première demande" délivré par une compagnie d'assurances en faveur de l'état français.

(290) VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes de droit commercial, T.IV, n°2561, in fine

(291) WATTIEZ J.P.,Le cautionnement bancaire, Thèse, Paris, 1964. L'étude de WATTIEZ concerne pourtant certaines garanties bancaires au profit d'administrations publiques, garanties appelables à première demande, ainsi celles citées p.165 et p. 171 in fine.

(292) POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 404. Comp. GAVALDA et STOUFFLET, La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980, I, 5: *"On est bien près du vide juridique"*.

(293) A preuve, le colloque de Tours organisé les 19 et 20 juin 1980 par la F.E. D.U.C.I. et qui réunit plus de 300 participants.

(294) Paris, 15 oct. 1973, Rev. jur. comm., 1973, 273.

(295) Supra, n°157 et 158.

(296) Trib. comm. Brux., 7 août 1979, publié par extrait in J.C.B., 1980, I, 146, dont appel.

(297) On reprochera au tribunal bruxellois d'avoir émis une décision de principe sans préalablement se livrer à l'interprétation du texte de la garantie, à savoir: *"Nous avons l'honneur de vous informer que nous nous portons caution conjointe et solidaire du ... (donneur d'ordre) pour le remboursement du montant qui a été versé au donneur d'ordre à titre d'avance pour l'étude du projet et construction du chemin de fer ... Cette avance sera remboursée par le donneur d'ordre conformément aux stipulations du marché de gré à gré, conclu par elle et vous"*.

(298) R.C.J.B., 1970, 326, note VAN OMMESLAGHE P.. Reprenons l'attendu le plus important de cet arrêt: *"Sauf dans les cas où la loi admet que l'acte ne suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause, la validité d'un acte juridique qu'il soit unilatéral ou bilatéral est subordonnée à l'existence d'une cause"*.Le même principe est rappelée 7 ans plus tard in Cass., 5 nov. 1976, R.C.J.B., 1979, 131, note M. Van QUICKENBORNE.

(299) On retrouve l'opposition cautionnement causal - garantie abstraite déjà suggérée dans l'arrêt français, supra, n°206 in fine.

(300) SIMONT L. - BRUYNEEL A., Le cautionnement pour toutes sommes, R.C.J.B., 1974, 214.

(301) VAN LIER H., Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, J.T., 1980, 352.

(302) Ainsi, *"Le banquier doit payer sans pouvoir opposer une quelconque exception que ce soit tirée du contrat de base ... Le banquier doit également payer sans pouvoir opposer une quelconque exception tirée de ses rapports avec le donneur d'ordre ..."*(VASSEUR M., Rapport de synthèse, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981 ,147.)

(303) GAVALDA C. et STOUFFLET J., La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980.

(304) Paris, 1 juin 1979, inédit cité par GAVALDA et STOUFFLET (op. cit., 14) et VASSEUR (art. cit., Paris, 1981, 346).

(305) Comp. Rennes, 11 juillet 1978, repris dans le dossier de documentation du colloque de Tours: *"Les crédits sont par leur nature des opérations distinctes des ventes qui peuvent en former la base mais ne regardent cependant les banques en aucune façon et ne sauraient les engager ... Considérant (dès lors) que si il (donneur d'ordre) persiste à vouloir faire prévaloir sont point de vue sur le jeu de la garantie inconditionnelle qui selon lui n'aurait pas dû intervenir, il lui appartient de saisir (ultérieurement) la juridiction compétente pour faire trancher son différend avec les acheteurs";* Paris, 28 sept. 1978, repris dans le dossier de documentation du colloque de Tours; Trib. Gde. Inst. Paris, 11 juillet 1980, D. 1981, 339, note M. VASSEUR; etc.

(306) Trib. comm. Bruxelles, 11 mars 1981, J.C.B., 1981, I, 363.

(307) Le tribunal de Bruxelles laisse sous-entendre que la volonté de la banque de ne jouer aucun rôle d'arbitre renforce l'autonomie de l'engagement bancaire.

(308) A notre avis, certaines décisions françaises peuvent être qualifiées de reconnaissance ambiguë de la garantie indépendante. Ainsi, Paris, 2 juin 1967, Rev. Jur comm., 1967, 709, note E.M., qui certes affirme qu'*"il appartiendra au donneur d'ordre de régler ses comptes avec le bénéficiaire mais que la banque ne peut subir le délai et les aléas de ce litige..."* mais note que *"la société, donneur d'ordre n'a jamais nié être débitrice du bénéficiaire mais a seulement contesté le montant sans apporter la preuve du bien-fondé de cette constatation".*

Paris, 8 déc. 1977, D.1979 J.259, obs. M. VASSEUR:*"Si la banque, en l'espèce, est effectivement tenue de payer au bénéficiaire sans pouvoir invoquer les contestations du donneur d'ordre, c'est parce que les contestations ne portent pas sur la créance cautionnée et non parce que la garantie serait en elle-même indépendante".*

L'arrêt de Cassation du 12 juin 1979 (Bull. cass. 1979, IV, n°197) qui casse la décision d'appel reste sur le terrain du cautionnement lorsqu'il décide que *"viole l'article 1293 C.C. la cour d'appel qui pour rejeter l'exception de compensation opposée par une caution, retient que la créance invoquée à l'appui de cette exception est indépendante des comptes qui peuvent exister entre le débiteur principal et le créancier, alors qu'il n'existait en l'espèce aucune des causes d'exclusion de la compensation prévue par le texte susvisé".*

(309) Le banquier prend en charge le risque d'insolvabilité du donneur d'ordre. Dans le cas d'un cautionnement bancaire, la conclusion ne serait pas différente.

(310) En particulier, VASSEUR M., op. cit., 347.

(311) En particulier, VELU S., Les garanties à première demande en droit belge, Rapport de droit belge, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 231.

(312) Cf. l'arrêt déjà cité (supra, n°37) de la cour de Cass. du 23 mars 1955 (J.C.P., 1955, II, 8838, obs. CABRILLAC M.) où le confirmateur d'un crédit documentaire fut condamné à payer, nonobstant son impossibilité à récupérer les sommes versées auprès de l'apériteur et du donneur d'ordre. Cette impossibilité s'

expliquait par la réglementation du contrôle des changes. Sur l'indépendance du crédit documentaire par rapport au contrat passé entre le donneur d'ordre et le banquier, lire STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse, Bordeaux, 1964, 299 et s.

(313) VAN LIER H., op. cit., 353; GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 16.

(314) VAN LIER H., op. cit., 354; POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 421 et 422; VELU S., op. cit., 238; VILLEREY A., Les garanties bancaires en droit français, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 272; GAVALDA J. et STOUFFLET J., op. cit., 17;
contra VASSEUR M., op. cit., 340 et 341 (en cas de modification substantielle) et DUBISSON M., Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I., 1977, 423 et s.; du même auteur, Les garanties bancaires - Les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 116 (en particulier pour la garantie de soumission)

(315) Encore faudra-t-il que l'opération garantie soit minutieusement décrite et non simplement en termes généraux.
Comp. la solution retenue par la C.C.I. (Règles uniformes sur les garanties contractuelles) citée supra, n°20, note 28.

(316) Dans la jurisprudence française, Trib. Gde. Inst. Paris, 11 juillet 1980 (D. 1981, J., 336): *"La garantie à première demande présente un caractère inconditionnel, indépendant du contentieux pouvant exister entre l'acheteur et le vendeur"*; Trib. Gde. Inst. Paris, 20 mars 1979 (référé) et Trib. comm. Paris, 28 nov. 1979 (référé) cités par VILLEREY (op. cit., 276); Paris, 1 juin 1979, déjà repris.
Dans la jurisprudence belge: voir également Trib. comm. Charleroi, 16 mars 1972 (inédit, cité par SIMONT L. et BRUYNEEL A., Chron. de jurispr. bancaire, Rev. de la Banque, 1980, 99 et s.) : *"La lettre de garantie est un engagement abstrait, le (donneur d'ordre) y est juridiquement étranger; il ne pouvait interdire à la demanderesse de l'exécuter dès l'instant où les conditions de débition étaien remplies"*; Trib. comm. Brux., 21 nov. 1979, J.C.B., 1980, I, 141:*"Le banquier doit exécuter sa garantie dès que les conditions prévues dans l'acte de garantie sont réunies, sans vérifier plus avant le bien-fondé des griefs de l'acheteur"* ;
Trib. comm. Brux. (référé), 23 octobre 1980, inédit: *"Que (le banquier) peut en effet légitimement ignorer les affirmations du premier obligé (le donneur d'ordre) selon lesquelles le contrat de base ... aurait été, contrairement aux prétentions du bénéficiaire de la garantie, correctement exécuté, la seule affirmation du bénéficiaire l'obligeant à s'exécuter"*.

(317) Riom, 14 mai 1980, D. 1981, J., 336, note VASSEUR M.

(318) Paris, 29 janv. 1981, D., 1981, J., 336, note VASSEUR M. Cf. aussi Trib. Gde. Inst. Paris, 20 mars 1979, cité par VILLEREY où la garantie avait été émise dans le cadre d'un contrat de compensation. La garantie fut appelée alors que les deux parties n'étaient pas d'accord sur les calculs établissant la disproportion des achats réciproques.

(319) Trib. comm. Brux., 11 mars 1981, J.C.B., 1981, I, 366; cf. aussi Paris, 28 sept. 1978, inédit où le donneur d'ordre affirmait avoir rempli parfaitement ses obligations couvertes par la garanties.

(320) En sens contraire, Trib. comm. Brux., réf., 15 janvier 1980, où le président du tribunal pour octroyer la mesure provisoire note,entre autres arguments, l'imminence d'une décision au fond.

(321) Paris, 22 juin 1978, D.1979, I, 259. En l'espèce, il s'agissait d'un cautionnement marché public délivré dans le commerce national. La collectivité publique bénéficiaire avait postérieurement annulé son titre de recette (Comp. cette décision avec la décision de la c. de Cass. italienne du 7 sept. 1968, étudiée supra, n°180). Cf. aussi Trib. comm. Paris, 24 mars 1981 (2°espèce), D., 1981, J., 482, note M. VASSEUR où le donneur d'ordre français avait été reconnu créancier de sommes importantes vis-à-vis du bénéficiaire iranien ; l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris (20 mars 1979) citée par VILLEREY (op. cit., 276)

(322) Comp. avec les limites reconnues à l'abstraction de la garantie automatique par VILLEREY (op. cit., 272 et s.)

(323) Supra, n°120.

(324) Trib. comm. Brux., 21 nov. 1979, J.C.B. 1980, I, 144. L'analogie invoquée par le tribunal pour valider la garantie bancaire ne vas pas jusqu'à la confusion de cette institution et du crédit documentaire. *"Etant surtout usitée dans les marchés avec l'étranger, elle remplit dans les relations entre le vendeur exportateur et l'acheteur importateur, un rôle parallèle à celui du crédit documentaire. ce dernier assure au vendeur le paiement du prix tandis que la garantie bancaire aussi appelée "Performance Bond" garantit à l'acheteur qu'il sera indemnisé des avaries à la marchandises dans les conditions prévues par cette garantie et donc éventuellement sans donner lieu à un recours juridictionnel, aléatoire en matière de commerce international".*

(325) Trib. comm. Anvers, 15 mai 1981, inédit.

(326) Rennes, 1 juin 1978, repris dans le dossier de documentation paru pour le colloque de Tours.

(327) Cette allusion aux règles et usances du crédit documentaire si elle justifie peut-être l'indépendance de la garantie par rapport au sort de l'opération garantie, ne répond pas au second moyen invoqué par le donneur d'ordre mais au contraire le renforce. L'analogie avec le crédit documentaire justifie l'importance de la date limite de la garantie . Comp. la solution du Tribunal allemand in OLG Stutgart, 25 janvier 1979, étudié supra, n°164.

(328) Aix, 31 mars 1978, inédit, confirmé par Cass. comm, 3 mars 1980, inédit.

(329) Sur cette pratique fréquente, supra, n°49.

(330) Trib. comm. Paris, 24 mars 1981 (1°espèce), D., 1981, J., 482.

(331) Outre la note de VASSEUR M., sous trib. comm. Paris, 24 mars 1981, D.1981, J., 485, citons VILLEREY A., op. cit., 274; VAN LIER H., op. cit., n°4.1.4.; VELU S., op. cit., 239; POULLET Y., art. cit., D.P.C.I., 1979, 432 (v. également nos réflexions sur l'intérêt des clauses d'énumération des griefs, p. 416, note 129).

(332) VASSEUR M., op. cit., 348; VILLEREY A., op. cit., 273; VAN LIER H., op. cit., n°4.1.4. in fine.

(333) La doctrine française fonde cette limite sur la théorie de la cause (infra, n°289). Quant à la doctrine belge, c'est le caractère subsidiaire de la garantie automatique qui est invoqué à l'appui de cette limite (infra, n°259 et 260).

(334) Paris, 14 nov. 1978, D., 1979, J., 259, obs. M. VASSEUR.

(335) Cet attendu est repris par VASSEUR M. (obs. citée).

(336) Vasseur M., op. cit., 349.

(337) On citera notamment VILLEREY A., op. cit.,274 ; TANDEAU de MARSAC X., Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, D.P.C.I., 1980, n°18; GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 15, n°17.

(338) Cf. supra, n°123, les droits anglo-saxons ("established fraud"); supra, n°161 les droits germaniques ("liquide und eindeutige Beweismittel"); supra, n°199, le droit italien ("con prova liquida").

(339) Trib. comm. Brux. (réf.), 15 janv. 1980, J.C.B., 1980, 153.

(340) Condition supplémentaire imposée par les tribunaux anglais.

(341) Trib. comm. Paris, 24 mai 1981 (2° espèce), D., 1981, J., 482, obs.VASSEUR M.

(342) Ce raisonnement du tribunal de commerce de Paris est critiqué par VASSEUR (obs. citée, 487): *"L'existence et l'importance de la créance du fournisseur à raison des travaux effectués sont impuissantes par elles-mêmes à permettre de considérer l'appel comme frauduleux et manifestement abusif"*.

(343) L'affaire Delbard connut de nombreux rebondissements. Il s'agit, dans un premier temps, de prévenir l'appel à la garantie. A ce propos, une première ordonnance du Trib. de Gde. Inst. de Montluçon, le 24 janv. 1980, était favorable à l'exportateur français. Elle fut rapportée sur assignation en référé délivrée le 2 avril 1980 à la requête de la banque française contre-garante. Appel de cette décision fut interjeté devant la cour d'appel de Riom qui statua le 14 mai 1980. Le Trib. de Gde. Inst. de Montluçon, le 9 janv. 1981, statua alors au fond.

Dans un second temps, l'appel à la garantie ayant eu lieu, c'est cette fois devant le tribunal de Gde. Inst. de Paris que l'exportateur cherche à interdire le paiement réclamé.

(344) Comp. les décisions américaines relatives également à des demandes préventives étudiées, supra, n°128.

(345) Riom, 14 mai 1980, D., 1981, J., 336, note VASSEUR M.

(346) Notons la suite: " ... *et qu'il suffit alors de constater comme l'a à juste titre énoncé le premier juge, que, jusqu'à ce jour du moins, il n'y a pas eu appel des cautions par le bénéficiaire et qu'il est donc impossible pour le banquier de constater une fraude évidente*". En d'autres termes, il est possible que la cour d'appel de Riom ait eu une position différente si le bénéficiaire de la garantie avait effectivement fait appel à la garantie.

(347) Supra, n°123 et s.

(348) La doctrine germanique (supra, n° 160) insistait de même sur le fait que c'est par rapport à l'exécution du contrat de garantie que doit s'apprécier la bonne ou mauvaise foi du bénéficiaire.

(349) A noter la réflexion de VASSEUR M., favorable à une interprétation restrictive : *"Tout laxisme dans la prise en considération de la fraude prétendue conduirait à "tuer" la garantie indépendante"* (VASSEUR M., note sous Trib. comm. Paris, 24 mars 1981 (2 ordonnances) et 5 mai 1981, D., 1981, J., 487).

(350) Ces décisions ont été étudiées supra, n°165 et 166.

(351) VASSEUR M., obs. sous Trib. Gde. Inst. Montluçon, D., 1981, J., 390. Le raisonnement avait déjà été esquissé par l'auteur à propos de la saisie-arrêt dans sa note sous Trib. Gde. Inst. Paris (réf.), 13 mai 1981, J.C.P., 1981, éd. C.I., II 334. Il est encore rappelé par le même auteur dans la note déjà citée (D. 1981, J., 488): *"L'appel à la garantie par l'acheteur bénéficiaire est une chose: il peut être infondé et abusif. L'appel que la banque du bénéficiaire fait à la banque qui a contre-garanti est autre chose ..."*

(352) En droit belge, POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 424; VAN OMMESLAGHE P., Observations sur la théorie de la cause, note citée, 362, note 154; VAN LIER H., op. cit., 354;
En droit français, GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 11, note 2; VASSEUR M., op. cit., 349; VILLEREY A., op. cit., 274.

(353) Sur la question de la détermination du droit applicable à la garantie, lire nos réflexions in Le contrat de garantie - Examen de quelques problèmes juridiques particuliers, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 135 et s.

(354) En ce sens, GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 11; VAN LIER H., op. cit., 354. A noter la position de VILLEREY (op. cit., 275) : *"La doctrine s'accorde à reconnaître que ces notions de bonnes moeurs et d'ordre public doivent être interprêtées de façon restrictive"*.

(355) VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes, T.III, n°2169; DIERYCK A., Les ouvertures de crédit, Bruxelles, 1945, 294, note 40.

(356) La situation visée ici est celle qui avait été jugée le 23 mars 1955 par la Cour de Cassation française (J.C.P., 1955, II, 8838, note CABRILLAC) en matière de crédit documentaire.

(357) Infra, n°289 et s.

(358) Cass., 12 juin 1979, Bull. civ., IV, n°197.

(359) Paris, 8 déc. 1977, D., 1979, J., 259.

(360) Trib. Gde. Inst. Paris, 13 mai 1980, D., 1980, J., 490, note GAVALDA C. et STOUFFLET J.; R.T.D. comm., 1981, 124, obs. CABRILLAC M. et RIVES-LANGE J.L.; J.C.P., 1981, éd. C.I., I, 10109, obs. MOULY C.; Banque, 1981, 778, obs. MARTIN L.M J.C.P., 1981, éd.C.I., II, 13552, note VASSEUR M..

(361) Nous réétudierons (infra, n°365 et s.) la question de la saisie-arrêt que nous dissocierons alors de la question de l'opposabilité de l'exception de compensation.

(362) Contre l'opposabilité de cette exception : VAN LIER H.,op. cit., 350; VASSEUR M., note sous Trib. comm. Paris,24 mars 1981 (2 ordonnances) et 5 mai 1981, D. 1981, J., 487 : " ... *La créance du bénéficiaire ne pouvant entrer en compensation avec celle du fournisseur à l'égard du bénéficiaire*". (à noter que dans son rapport de synthèse lors du colloque de Tours (P.347), l'auteur se montre plus réservé).
En faveur de l'opposabilité: implicitement, SIMONT L., Questions susceptibles de se poser lors de l'appel à la garantie, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 489; GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 16.

(363) BRABANT A., Le contrat international de construction, Bruxelles, 1981, 278; beaucoup plus réservé, VILLEREY A., op. cit., 268.

(364) Paris, 15 juin 1973, Rev. Jur. comm., 1973, 273 (étudié supra, n°206).

(365) VAN LIER(op. cit., n°4.1.2.) la condamne. Selon lui, la garantie prend en charge le risque de force majeure.

(366) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 11.

(367) Paris, 29 janv. 1981, D. 1981, J., 336, note VASSEUR M.

(368) "... dont il constitue la cause, mais que cependant sa prétendue nullité ne peut produire effet avant d'avoir été prononcée par la juridiction saisie."Cette limite supplémentaire à l'abstraction de la garantie automatique est directement fondée sur une approche théorique de la cause de ce contrat (cf. à ce sujet, infra, n°291). Notons cependant que la cour d'appel ne semble admettre l'exception que si l'annulation ou la résolution du contrat a été constatée par la juridiction compétente.

(369) Trib. comm. Paris, 24 mars 1981, D., 1981, J., 482.

(370) A ce propos,VILLEREY A.,op. cit.,277:"*En effet,la banque n'a pas à se faire juge des affirmations ou des prises de position de l'une des parties;tant qu'une décision judiciaire,arbitrale ou conventionnellement convenue entre exportateur et bénéficiaire étranger n'est pas intervenue,la banque ne peut que s'exécuter*".

(371) VASSEUR M., note sous Trib. comm. Paris,24 mars 1981,D.1981,486.

(372) La première décision allemande reconnaissant l'originalité de la garantie bancaire automatique date de 1962 (sur cette décision, supra, n°144).

(373) VAN RIJN J., HEENEN J., Principes de droit commercial, T.IV, n°2171.

(374) Si on excepte la note signée E.M., sous Paris 2 juin 1967, Rev. Jur. comm., 1967, 709.

(375) Ainsi à propos du crédit documentaire irrévocable, HEENEN écrit: *"Le crédit irrévocable est, en réalité, une nouvelle manifestation de l'autonomie du droit commercial ... D'où le recours à trois procédés techniques qui ne sont sans doute pas l'apanage du droit commercial, mais dont celui-ci se sert plus souvent que le droit civil : l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, l'obligation abstraite et le formalisme".* (HEENEN J., Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, Rec. soc. J. Bodin, 1969, T.III, 159). Le raisonnement est étendu à la garantie bancaire "automatique (VAN RIJN J. - HEENEN J., Principe de droit commercial, T.IV, n°2561.

(376) HEENEN J., art. cit., Rec. Soc. J. Bodin, 1969, T.III, 161.

(377) Sont en effet favorables à cette théorie: DE PAGE H., Traité, T.III, n°51 et s.; VAN OMMESLAGHE P., Examen de jurisprudence, Les obligations, R.C.J.B., 1975, 629; VAN RIJN J. - HEENEN J., Principes de droit commercial, T.II, n°318, 1582; VAN RIJN J., L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial, Mélanges J. Dabin, Bruxelles, 1963, T.II, 953; SIMON L., Cession de bail, in La transmission des obligations, Travaux IX° journées Jean Dabin, 1980, 298 et s.

(378) A propos de l'octroi d'une prime de fin d'année, Cass. 18 déc. 1974, J.T.T. 1975, 53; R.C.J.B., 1980, 64, note M. COIPEL. Sept arrêts de la cour de Cassation (4 arrêts du 20 avril 1977 (Pas. 1977, I, 854) et trois arrêts du 3 avril 1978 (Pas. 1978, I, 850) ont depuis résolu la question de la nature juridique de la prime de fin d'année de façon différente en l'incluant simplement dans la notion de rémunération.

(379) A noyer la déclaration significative de VAN LIER (Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, J.T., 1980, 346): *"L'engagement par déclaration unilatérale de volonté ayant acquis droit de cité dans notre droit des obligations cette caractéristique ne retiendra pas notre attention particulière".*

(380) Si nous nous limitons dans la suite de l'exposé à ces deux mécanismes bancaires, remarquons toutefois que VAN OMMESLAGHE (op. cit., 628) suggère l'extension de la théorie de l'acte unilatéral à un troisième mécanisme bancaire: la "lettre de patronage" donnée par la société mère en faveur d'une banque à l'appui du crédi consenti par cette dernière à la filiale.

(381) En ce sens, outre les réflexions de VAN RIJN et HEENEN, on notera la déclaration de VAN OMMESLAGHE (Chronique de jurisprudence, Les obligations, R.C.J.B., 197 629) : *"On peut citer ... encore certaines obligations abstraites assumées notamment par les banques, dans des conditions proches assurément de celles qui résultent du crédit documentaire mais néanmoins différentes"*, les déclarations de VAN LIER (op. cit., eod. loco) et de VELU S., Les garanties à première demande en droit belge, Actes du colloque de Tours, 1981, 227.

Le rapport de M. SIMONT au même colloque de Tours (1981) (Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome) se montre plus réservé : ainsi, en cas de contre-garantie, il y a, selon lui, contrat.

Contra: MATRAY L., L'arbitrage et les garanties contractuelles, Rev. Banque, 1973, 284, n°2; POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 390, note 12 et la doctrine francaise citée infra n°273.

(382) Pour le crédit documentaire, en ce sens, outre VAN RIJN et HEENEN, JANSSEN O Le crédit confirmé, Thèse, Bruxelles, 1927, n°112 ; PIRET R., A propos du crédit irrévocable, Conf. Centre d'Etudes bancaires, Bruxelles, 1942, 18; DE PAGE H., Traité, T.III, n°51 à 53. Il est à remarquer que VAN MAELE (Analyse juridique du crédit irrévocable et de la lettre de change, Rev. Banque, 1947, 337 et Novelles, Droit bancaire, n°339), pourtant partisan de la nature contractuelle de l'engagement du banquier, ne remet pas en question cette affirmation (Cf. son système de concours de volonté par voie médiate). Seuls DIERYCK (Les ouvertures de crédit, Bruxelles, 1945, n°278) et BOUMAL (L'ouverture de crédit irrévocable, Thèse Bruxelles, 1935, 61) ne reconnaissent de force obligatoire à l'engagement du banquier qu'après acceptation tacite par le bénéficiaire.

Enfin, à noter l'attendu du Tribunal de commerce de Bruxelles du 2 mars 1933 (J.C.B., 1934, 82, note P. CHEVALIER) :"le crédit confirmé, promesse unilatérale abstraite de sa cause, fait naître au profit du bénéficaire une obligation dès l'envoi du texte du crédit documentaire."

(383) *"Dans cette hypothèse, le garant est tenu de façon irrévocable dès l'émission du document attestant sa volonté de s'engager à ce titre".* (Van LIER, op. cit., 356)

(384) *"Il est souhaitable*, continue VAN LIER, *que l'engagement du garant se matérialise dans un document reflétant de façon indubitable son intention de s'engager en de tels termes"* (VAN LIER H., op. cit., 350).

(385) HEENEN J., Le crédit irrévocable, Rev. Banque, 1952, 458; Même raisonnement in VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes, T. III, n°1316 et 1447; VAN RIJN J., L'engagement par déclaration unilatérale de volonté, Mélanges J.DABIN, 956.

(386) L'argument est repris in extenso par VELU, lors des discussions du Colloque de Tours, op. cit., 424.

(387) VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes, T.III, n°2164.

(388) *"C'est la seule explication compatible avec le donné réel de l'institution".* (HEENEN J., art. cit., Rev. Banque, 1952, 464)

(389) Ainsi GUTTERIDGE et MEGRAH répètent la nature contractuelle de la lettre de crédit sans s'inquiéter de la manière dont naît ce contrat ni du moment où il naît (The Law of Bankers'commercial Credits, 6°éd., London, 1978, 23, 59, 100). A noter cependant dans la doctrine anglo-saxonne, les réflexions d'ELLINGER (Documentary Letters of Credit, Singapore, 1970 , 70 et s.) qui se réfère à la soi-disante thèse allemande de la promesse unilatérale abstraite du §780 BGB explicative de la nature de l'engagement du banquier. L'auteur ajoute que cette promesse obligatoire par elle-même est acceptée tacitement par le vendeur.

(390) CASS., 20 oct. 1953, S. 1954, I, 121, note P. LESCOT. La doctrine approuve la solution jurisprudentielle: STOUFFLET J., V° Crédit documentaire, Dalloz, Enc. dr. comm., 2°éd., 1970, n°33 (Cf. cependant plus ambiguës, les réflexions de cet auteur

in Le crédit documentaire, Thèse, 1957, n°350 et s. où l'auteur affirme la force obligatoire de l'engagement du banquier sans acceptation du bénéficiaire, sans cependant évoquer la nature unilatérale de l'engagement). Curieusement, le seul auteur français à soutenir explicitement la théorie de l'engagement unilatéral à propos du crédit documentaire, ESCARRA (Principes de droit commercial, T.VI, n° 715, 530),affirme que l'engagement du banquier apériteur n'est obligatoire qu' après acceptation tacite du bénéficiaire

(391) En ce sens, VILLEREY A., Les garanties bancaires en droit français, in Les garanties bancaires dans le commerce international, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 269 et 270; VASSEUR M., Rapport de Synthèse : Le droit des garanties bancaires dans les contrats internationaux en France et dans les pays de L'Europe de l'Ouest, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, op. cit., 333 et sa référence à SCHINNERER); GAVALDA C. et STOUFFLET J., La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980, 6.

A signaler cependant, la déclaration de DUBISSON (Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I., 1977,445): *"Il s'agit d'un engagement unilatéral du garant"*.Cette déclaration à propos des garanties dites "inconditionnelles" est contre dite 1°. par la reprise (op. cit., 441) que cet auteur fait de la définition d'EISEMANN : *"La garantie (inconditionnelle) est un contrat unilatéral"*; 2°. par son analyse de la garantie "documentaire" comme contrat.

(392) A notre avis, de façon plus nette encore que pour le crédit documentaire.

(393) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 6.

(394) KLEINER B., Bankgarantie, op. cit., 24 et 142; cf. aussi GIOVANOLI S., Berner Komm., art. 492, O.R., n°50 et 53; CANARIS K.W., Bankvertragsrecht, Anm. 513; SCHINNERER E., Bankverträge, 3°éd., 301 et 302; RATZ P., H.G.B. Gross. Komm., §349, Anm. 36; SCHÖNLE H., Bank-und Börsenrecht, §27, II; BLEYER K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel, op. cit., 13.

(395) ZAHN J., op. cit., 73; SCHINNERER E., Neufassung des Einheitlichen Rechtlinien, Ost. B. Arch., 1962, 249; KÄSER J., Das Dokumentenakkreditiv im Anglo-Amerikanischen Recht; Rabels Z., 1956, 184, etc.

(396) Les §151 BGB, article 6 O.R. et §862 A.B.G.B. autorisent d'ailleurs expressément cette référence.

(397) ... directement fondée sur le §305 du BGB: *"Pour la formation d'un rapport d' obligation par acte juridique ... un contrat doit être passé entre les intéressés à moins que la loi n'en dispose autrement"*. Sur cette méfiance et son bien-fondé, lire notamment LARENZ K. Lehrbuch des Schuldrechts, Tome I, München, 11°éd., 1975, 36; HECK Ph., Grundriss des Schuldrechts, Tübingen, 2°éd., 1929, §41 I.C.; CANARIS K.W., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1971, §21, 234 et s. V. aussi RIEG A., Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, 1961, n°432 et s.; DABIN L., Fondements du droit cambiaire allemand, Thèse, 1959, n°202.

(398) COIPEL M., La théorie de l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, note sous Cass., 18 d c. 1974, R.C.J.B., 1980, 78.

(399) GAVALDA C. et STOUFELET J., op. cit., 6.

(400) La confirmation que la banque envoie suite à la demande de son client donneur d'ordre de la garantie contient toujours une affirmation du caractère irrévocable de l'ordre donné : *"Il est bien entendu que vous nous autorisez irrévocablement à exécuter notre engagement de garantie"*.

En toute hypothèse, on peut s'étonner que les mêmes raisons pratiques impérieuses n'aient pas, chez les auteurs belges, motivé la qualification d'acte unilatéral du cautionnement bancaire.

(401) C'est le système proposé par VAN MAELE (Novelles, Droit bancaire, n°339 et s.

(402) Rappelons que généralement, cette notification est immédiate puisqu'elle se fait par télex. Le telex annonce généralement l'envoi d'une lettre de confirmation.

(403) ... que certains praticiens estiment à une semaine.

(404) Cf. à cet égard, les nombreuses références reprises par COIPEL (op. cit., 68 et 69)

(405) MARTIN de la MOUTTE J., Engagement par déclaration unilatérale de volonté, Dalloz, Rep. dr. civ., 2°éd., 1971, n°19 (du même auteur, L'acte juridique unilatéral, Thèse, Paris, 1951, 258 et s.).

(406) VAN RIJN J., L'engagement par déclaration unilatérale de volonté, Mélanges J. Dabin, 962; Même remarque in VAN RIJN - HEENEN, Principes de droit commercial, T.III, n°1316 et 1447.

(407) COIPEL M., op. cit., 89: *"Par rapport à une position de ce genre, la théorie de l'adhésion unilatérale n'apporte rien de substantiel : elle se borne à une description de la façon dont s'enclenche un mécanisme légal ou coutumier qu'elle ne cherche pas à expliquer"*.

(408) Comp. supra, n°114, La théorie de la cause dans les droits anglo-saxons.

(409) KÜBLER F., Feststellung und Garantie, Thèse, Tübingen, 1967, 187. L'expression est reprise depuis par de nombreux auteurs allemands à propos du crédit documentaire et de la garantie automatique.

(410) Nous insisterons sur les conséquences de cette construction commune propre à l'opération tripartite que constitue la garantie automatique, lors de notre étude des possibilités pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement, infra, n° et s. On notera, dès maintenant, les conclusions de COIPEL M., op. cit., 90 à ce propos: *"Dans la mesure où la théorie de l'engagement par volonté unilatérale soutient que le débiteur est tenu par sa seule volonté, elle isole cette volonté individuelle et rend mal compte de la signification profonde des opérations envisagées. La cause des engagements analysés, ce n'est pas le triomphe de la volonté humaine: cette cause se trouve chaque fois dans des relations interpersonnelles. La cause de l'engagement du tiré, c'est d'assurer le crédit du tireur avec lequel le tiré est en relation: l'idée d'un contrat cambiaire entre tiré et tireur rend mieux compte de cette signification que l'idée de promesse unilatérale. La cause de l'engagement du banquier envers l'exportateur bénéficiaire du crédit irrévocable, c'est d'assurer le crédit de l'importateur, client du banquier: l'idée de délégation imparfaite a l'avantage de rendre compte de cette opération à trois personnages."*

(411) Supra, n°207. On rapprochera de cette décision sévère, celle plus nuancée du même tribunal de commerce le 21 novembre 1979 (J.C.B., 1980, I, 141 et s.) : *"Si l'on ne peut suivre la défenderesse qui avance, assez témérairement semble-t-il, que l'obligation du banquier en la matière prend un caractère"abstrait" (emprunté à l'obligation cambiaire ?) ..."*

(412) Outre la note de VAN OMMESLAGHE, on citera les observations de SIMONT et de GAVRE (Examen de jurisprudence, RCJB, 1975, 631-633, n°77); celles de VAN LIER (op. cit., 3.5); contra VANDEPUTTE R., De overeekomst, Bruxelles, 1977, 92.

(413) VAN OMMESLAGHE P., Observations sur la théorie de la cause, note sous Cass. 13 nov. 1969, R.C.J.B., 1970, 362.

(414) Outre VAN OMMESLAGHE déjà cité, HEENEN J., Les sûretés personnelles en droit bancaire belge, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 159; VAN RIJN J.et HEENEN J.,Principes de droit commercial, T.IV, n°2561; SIMONT L. et BRUYNEEL A., Chronique de jurisprudence bancaire, Rev. Banque, 1980, 99; VELU S., Les garanties à première demande en droit belge, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 230 et s.; DESMEDT R., Twee juridische problemen die betrekking hebben op financiering van de export, Assoc. belge des juristes d'entreprises, 1979; VAN LIER H., Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, J.T., 1980, 350; BASTIN J., L'assurance-crédit dans le monde contemporain, Paris, 1978, 452.

(415) VAN LIER H., op. cit., 351. VAN LIER se réfère aux déclarations de DEPAGE (L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles, 1957, 161) reprises récemment par VAN QUICKENBORNE (La confirmation d'un acte nul pour fausse cause constitue-t-il une donation indirecte ?,R.C.J.B., 1979, 147).
Contra:Cass. 11 nov. 1870, Pas. 1871, 356: *"La nullité édictée par l'article 1131 est absolue; elle doit être prononcée par les tribunaux"*.

Tout dépend du sens que l'on donne à la notion de cause. S'agit-il simplement des motifs et mobiles ou de la condition de possibilité de réalisation d'une catégorie contractuelle ? Elle n'a alors qu'une fonction de protection individuelle et la conclusion de VAN LIER peut se concevoir. S'il s'agit, au contraire, de ce qui selon l'expression de DECOTTIGNIES (L'erreur de droit, R.T.D.C., 1951, 309 et s.) *"fait de l'acte juridique autre chose qu'une création arbitraire, autre chose qu'un fiat de la volonté souveraine"*.Alors sa conclusion ne peut valoir! (Comp. dans le même sens que DECOTTIGNIES, l'affirmation de PLANIOL (Traité, T.II, n°276): *"(Par la théorie de la cause), la loi contrôle l'utilisation du contrat"*.
Nous reviendrons sur cette réflexion en distinguant cause-fonction et cause matérielle (infra, n°310 et s.).

(416) On s'étonne de cette extension de la théorie de l'acte abstrait, fondée sur l'autonomie de la volonté. L'article 1134 alinéa 1 qui énonce le principe de la liberté contréctuelle stipule que seules *"les conventions légalement formées font la loi des parties"*. Or, l'article 1108 ne mentionne-t-il pas comme condition légale de validité l'existence d'une cause ? On citera à l'appui de notre remarque, l'avis d'un comparatiste suisse : *"On peut donc tenir pour acquis que selon le droit français et belge, ni l'article 1132, ni l'article 1134 ne peuvent servir de fondement à une obligation abstraite. Les articles 1108 et 1131 font obstacle à une telle solution"*.(CREUTZIG I., Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite, R.I.D.C., 1969, 283). Cet auteur note que la solution est différente en droit allemand où le code reconnaît expressément la volonté d'abstraction; Même conclusion chez KUBLER (Feststellung und Garantie, op. cit., 46 à 60).
Contra: OSIAS L., L'acte abstrait en droit comparé, Paris, 1924, 93 : *"L'article 1134 du code civil fournit à notre avis le meilleur fondement pour créer l'acte abstrait"*.

(417) Comp. avec le principe de la reconnaissance des actes abstraits tripartites, principe développé en droit belge et français: *"Si nous trouvons en pratique des institutions abstraites qui fonctionnent avec des règles certaines que nous ne pouvons expliquer à l'aide des figures juridiques du code, allons-nous les bannir comme illégales? Evidemment non, les nécessités pratiques leur ont donné naissance, il faut les conserver".* (DUEZ P., La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations, Thèse, Lille, 1914, 39).

(418) Sent. arb. C.C.I., 19 sept. 1979, repris par extrait in Clunet, 1980, 970, obs. DERAINS Y.); comp. l'attendu du trib. de comm. de Charleroi du 16 mars 1972 (cité par SIMONT L. et BRUYNEEL A., Chronique de droit bancaire privé, op. cit., n° 42, 101) : *"La lettre de garantie est un engagement abstrait de la demanderesse envers A.T.; le donneur d'ordre y est juridiquement étranger, il ne pourrait interdire à la demanderesse de l'exécuter".*

(419) Il semble que les juges belges se montrent à l'heure actuelle extrêment réservés et évitent toute déclaration sur la nature abstraite de la garantie automatique. Ainsi, le président du tribunal de Commerce de Bruxelles, le 23 oct. 1980 (inédit) se contente de mentionner la conclusion d'un autre jugement mais refuse de se prononcer; le trib. de comm. d'Anvers, le 15 mai 1981 (inédit), conclut de son côté, au motif surabondant (V. en outre Trib. comm. Brux., 11 mars 1981 J.C.B., 1981, I, 363 sur les attendus duquel nous reviendrons. Ce jugement parle d'indépendance de la garantie automatique mais non de sa nature abstraite).

(420) VAN LIER H., op. cit., 351; Comp. VELU S., op. cit., 231.

(421) VAN LIER H., op. cit., 353.

(422) Cf. supra, n°100, notre distinction entre "abstraction" et "acte abstrait", l'abstraction n'étant que la traduction technique du régime d'inopposabilité des exceptions, l'acte abstrait une théorie explicative de ce fait.

(424) Supra,n°157.

(425) VAN LIER H., op. cit., 354.

(426) Nous critiquerons la valeur de cette traduction, infra, n°262 et s.

(427) Infra, n°262 et s., la démonstration du caractère faux et contradictoire de la théorie de l'acte abstrait.

(428) A ce propos, la nuance de VELU (op. cit., 228 et s.) qui distingue la nature abstraite de la garantie automatique et son caractère non accessoire. La naturbstraite n'expliquerait que l'autonomie de la garantie par rapport à la relation donneur d'ordre - garant; la nature accessoire, l'autonomie par rapport à la relation donneur d'ordre - bénéficiaire.

(429) Trib. comm. Anvers, 15 mai 1981, inédit; cf. en outre, nos réflexions supra, n°252, note 419 sur la réticence des juges belges à évoquer la nature abstraite de la garaatie automatique.

(430) VAN LIER H., op. cit., 351.

(431) *"Il n'est, en effet, dans notre droit, d'obligations abstraites de leur cause que dans des rapports au moins triangulaires"*(VIVANT M., le fondement juridique des opérations abstraites, D.1978, 39), dans le même sens, HEBRAUD-VERDOT, V° Acte, Dalloz, Rep. dr. civ., 1971, n°60 et s.; VAN OMMESLAGHE P., Observations sur la théorie de la cause, R.C.J.B., 1970, n°19; etc..

(432) BRETHE J., Théorie juridique des titres à ordre, R.T.D.C., 1932, 655.

(433) LARROUMET C., Les opérations juridiques à trois personnes, Thèse, Bordeuax, 1968, n°218. L'auteur continue comme suit : *"Rendu nécessaire par le rôle économique de la lettre de change et fondée aujourd'hui juridiquement par certains auteurs sur les rôles distincts de l'acte juridique et du titre, cette séparation de l'obligation cambiaire et de sa cause ne saurait être discutée. La conséquence-et sa traduction-en est le principe de l'in.opposabilité des exceptions , actuellement consacré par la loi". (+)*

(434) Ainsi, à propos du crédit documentaire, la conclusion de STOUFFLET (Le crédit documentaire, Thèse, Borde 1957 , n°489): *"C'est donc finalement, les besoins de la vie des affaires et la nécessaire sécurité, sans laquelle aucun échange ne serait possible, qui seuls justifient la règle d'inopposabilité des exceptions* (+)

Ainsi, à propos de l'engagement cambiaire, ESMEIN écrit: *"ayant ainsi rattaché la règle de l'inopposabilité des exceptions non à la nature (abstraite) de la lettre de change mais à des raisons de pure pratique"*(ESMEIN P., Etude sur le régime juridique des titres à ordre ou au porteur et en particulier l'inopposabilité des exceptions, R.T.D.C., 1921, 47);FRIEDEL G. (De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce, Paris, 1951, n°68 et 69) écrit: *"Les motifs d'ordre pratique et économique qui ont imposé la règle en constituent la seule justification"*.

De façon générale, VIVANT M., Le fondement juridique des obligations abstraites, D., 1979, 41 : *"Quand enfin certains ont parlé, pour expliquer cette inopposabilité d'acte abstrait, ils ont peut-être justifié le principe de l'inopposabilité des exceptions mais pas l'abstraction (entendre l'acte abstrait)"*.

(435) VIVANT M., op. cit., 41.

(436) VAN OMMESLAGHE P., op. cit., 361, repris par VAN LIER, op. cit., 348.

(437) Déjà HUBERT (Théorie juridique de la délégation, Thèse Poitiers, 1889, n° 209 et s.). V. également, JAUBERT P., Novation et délégation, Jur. classeur civ. art. 1271-1275, n°78; DUEZ P., La renaissance de l'acte abstrait, Thèse, Lille, 1914, 165; dans les droits étrangers, notons ULMER E., Akkreditiv und Anweisung, AcP, 126, 295 et s.; BIGIAVI W., La delegazione, Thèse, Padova, 1959, 240; etc.

(438) Sur ce point et la différence avec le crédit documentaire, les développements de WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung, Thèse Köln, 1976, n°60 et 61; déjà en ce sens, VON CAEMMERER E., Bereicherungsanspruch und Drittbeziehungen, J.Z., 1962, 388;KÜBLER F.,Feststellung und Garantie, op. cit., 166.

(+) Nous soulignons.

(439) VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes de droit commercial, T.III, n°2191.

(440) Rome, 30 avril 1942, B.B. e Tit. di C., 1942, II, 133 et s.; Riv. dir. comm., 1943, 45 et s., note DON ADIO (Cet arrêt confirmait la décision du tribunal de Rome du 28 juillet 1941, B.B. e Tit. di C., 1941, II, 153 et s., note MOLLE). Comp. Milano, 27 avril 1976, B.B. e Tit. di C., 1976, II, 451, note MOLLE.
L'arrêt de la cour d'appel de Rome condamne une banque confirmatrice au paiement des documents conformes, nonobstant tant l'impossibilité d'exécution du contrat de base dûe à la survenance de la guerre que l'impossibilité de recouvrer auprès du donneur d'ordre les sommes payées.

(441) VON CAEMMERER E., Note sous B.G.H., 18 sept. 1958, J.Z., 1959, 362 et s. L'arrêt concernait un crédit documentaire dans lequel le banquier, à la fois apériteur du crédit documentaire et cessionnaire du contrat de base, prétendait se prévaloir du défaut d'exécution du contrat de base, ce qu'aurait permis l'assimilation du crédit documentaire et de la délégation, mais qui a été jugé contraire au "sens et but" du crédit documentaire.

(442) En ce sens, dans la doctrine, DE PAGE H., Traité, T.IV, n°908, du même auteur, L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé, Bruxelles, 1958, 46 et 47; SIMONT L. et BRUYNEEL A., Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier, note sous Cass. 7 janv. 1972 et Brux. 23 févr. 1973, R.C.J.B., 1974, 204 et s;
dans la jurisprudence, Trib. comm. Brux., 16 juin 1975, J.C.B., 1976, I, 4; Rev. banque, 1976, 298, note VELU S.; (en appel) Brux., 27 sept. 1978, J.C.B., 1979, I, 268 et s., note FORIERS P.A..
Plus hésitant, VAN OMMESLAGHE P., Observations sur la théorie de la cause, note sous Cass. 13 nov. 1969, R.C.J.B., 1970, 358, note 118 et 119; MEINERTZHAGEN-LIMPENS A., V° cautionnement, R.P.D.B., n °147 : *"On fait observer que l'inopposabilité des exceptions ne permet pas de conclure au fait que le cautionnement n'a pas de cause ou serait valable indépendamment de toute cause".*
Contra, DEKKERS R., Précis de droit civil belge, T.II, n°1339, STRANART-THILLY A.M. et HAINZ H.J., Recht der Kreditsicherheiten in europaïschen Landern, T.III: Belgiën, (éd. W. Hadding et U. Schneider), Berlin, 1979, 123: *"Comme chaque contrat, le cautionnement nécessite une cause (Vertragszweck) légitime permise".*

(443) Cf. sur ce point, les réflexions de KÜBLER, supra, n°155.

(444) Trib. comm. Brux., 15 janv. 1980, J.C.B., 1980, 147.

(445) VELU S., op. cit., 238.

(446) VAN LIER H., op. cit., 355. Comp. VAN OMMESLAGHE P., art. cit., R.C.J.B., 1970, 362, note 135. A noter à ce propos, l'explication embarrassée de VAN LIER qui se réfère au fait que sans être l'accessoire juridique, la garantie automatique, par sa subsidiairité, resterait l'"accessoire économique" de l'opération.

(447) VAN LIER H., op. cit., 350.

(448) VELU S., op. cit., 231

(449) VELU se réfère explicitement à la définition donnée par VAN OMMESLAGHE (Observations sur la théorie de la cause, R.C.J.B., 1970, 326) selon lequel la cause est constituée par les *"motifs et mobiles essentiels qui ont poussé les parties à contracter."*

(450) VELU S. continue comme suit: *"Dès lors, le garant, de par la nature abstraite de son engagement, ne pourrait "faire valoir" ni l'impossibilité de récupérer auprès de son client les sommes versées, ni la rupture de ses relations avec ce dernier, ni même le fait du prince étranger lui interdisant tout recours contre le donneur d'ordre".*

Il est à remarquer que plusieurs auteurs (VAN MAELE (Novelles Bruxelles, 1945, n°269, 285); PIRET (A propos du crédit irrévocable, Conf. Centre d'études bancaires 1942, 35) limitent la nature abstraite du crédit documentaire de la même façon.

(451) *"Le fait pour la caution de pouvoir opposer des exceptions découlant de ses rapports avec le débiteur principal enlèverait au contrat de cautionnement sa caractéristique essentielle qui est de sécuriser celui qui en bénéficie".* (FORIERS P note sous Brux. 27 sept. 1978, J.C.B., 1979, I, 282).

L'objection vaut aussi si on analyse la garantie automatique comme un acte unilatéral. La définition de la cause de l'engagement unilatéral donnée par MARTIN de la MOUTTE et reprise par VAN OMMESLAGHE P. (op. cit., 346, note 69): *"La cause dans l'acte unilatéral est le motif déterminant de l'auteur de l'acte, motif qui s'incorpore dans une qualité de l'objet de l'acte unilatéral".* Cette définition interdit de voir dans les relations donneur d'ordre - garant, la cause de l'engagement unilatéral de ce dernier.

Cf. en outre, de façon plus catégorique encore, la thèse de NAJJAR (Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, Thèse, Paris, 1967, n°251 et s. (en particulier, n°260 à 267).

(452) Certains auteurs admettent implicitement que la cause dont l'acte de garantie est abstrait consiste à la fois dans le rapport donneur d'ordre-bénéficiaire et celui donneur d'ordre-banquier. Cette thèse de la bouble cause de la garantie avait déjà été défendue à propos de la délégation par HUBERT (Théorie juridique de la délégation, Thèse, Poitiers, 1899).

(453) VAN LIER H., op. cit., 451.

(454) BOYER L., La notion de transaction - Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947, en particulier les pp.167 et s.

(455) VAN LIER H., op. cit., eod. loco.

(456) VAN LIER H., op. cit., 4.1.3. et les nombreuses références citées à propos de la lettre de change.

(457) A propos de la lettre de change émise à propos d'une opération commerciale illicite, on parle effectivement de cette cause illicite.

(458) Infra, n°287 et s., le développement proposé par certains auteurs français des limites qu'imposent la théorie de la cause à l'abstraction de la garantie automatique.

(459) VAN OMMESLAGHE P., op. cit., 363.

(460) *"Bien entendu, l'acte abstrzit étant exceptionnel, il faudra se montrer circonspect avant d'admettre que les parties ont entendu souscrire un engagement abstrait, particulièrement s. celui-ci n'est ni organisé, par le législateur, ni inséré dans un cadre institutionnel connu"* (VAN OMMESLAGHE P., op. cit., eod. loco).

(461) Cf. cependant la déclaration du Trib. de comm. de Brux. du 21 nov. 1979, J.C.B., 1980, 140.

(462) A ce propos, on notera deux attendus du Président du Tribunal de commerce de Bruxelles qui attestent de la nécessité de concevoir l'opération tripartite comme un tout cohérent:

- *"Sauf le cas précité de fraude manifeste, ... Les exportateurs et entrepreneurs ne peuvent déplacer indûment les responsabilités économiques en reportant sur les banques la charge de la réalisation éventuelle de ce risque".* (Trib. comm. Brux., Réf. 15 janv. 1980, 147);

- *"Il conviendra que le juge des Référés saisi d'un incident né de l'appel à une garantie émise tienne compte dans l'appréciation du cas concret qui lui est soumis de ce juste équilibre(entre les intérêts des trois parties en cause) ne pouvant pas perdre de vue que la crédibilité du garant peut être gravement mise en cause dans le domaine du commerce international s'il ne peut exécuter l'obligation - abstraite - qui a été souscrite"*(Trib. comm. Brux. (Réf.) 15 oct. 1980, inédit); ce second attendu est d'autant plus significatif qu'il répond à l'argument bancaire qui plaidait que la nature abstraite de la garantie "à première demande" excluait d'office la prise en considération du contrat commercial de base.

(463) Ne se réfèrent pas à une théorie de l'acte abstrait tout en reconnaissant l'abstraction du crédit documentaire: notamment FRIEDEL J., Réflexions sur la nature juridique de l'engagement du banquier apériteur d'un crédit documentaire, Mélanges J. Hamel, 1961, 546; CHERON A., note D. 1947, I, 279; MARAIS G., Du crédit confirmé en matière documentaire, Thèse, Paris, 1935, 28 et s.

On notera que lorsque STOUFFLET (V° Crédit documentaire, J.Cl. Banque, Fasc. 32, 1976, n°99) évoque la nature abstraite de l'engagement du banquier, c'est pour expliquer l'indépendance de cet engagement par rapport à la relation donneur d'ordre - banquier et non par rapport à la relation donneur d'ordre - bénéficiaire du crédit documentaire (Comp. avec l'analyse de VELU de la nature abstraite de la garantie automatique, supra, n°255.).

(464) Ainsi, STOUFFLET (Le crédit documentaire, Thèse, 1957, n°349 et s; V° Crédit documentaire, J. Cl. Banque, Fasc. 32, 1976, n°104; V° Crédit documentaire, Enc Dalloz, Rep. dr. civ., n°37; GAVALDA C. et STOUFFLET J., (Droit de la Banque, Paris 1974, N°534 et s.); FRIEDEL (op. cit., eod. loco) et MARAIS (op. cit., eod. loco) parlent d'autonomie ou d'indépendance de l'engagement du banquier. RODIERE et RIVES-LANGE (Droit bancaire, 2°éd., 1975, n°435); LESCOT (note sous Cass. 8 déc. 1953, 4 mars 1953, 20 oct. 1953, J.C.P., 1954, I, 121); CABRILLAC (note sous Cass. 23 mars 1955, J.C.P., 1955, II, 8838) et HAMEL (les crédits bancaires internationaux, Mémoires de l'Académie, 1935, 272) parlent d'indépendance de l'engagement du banquier.

(465) V. notamment, Trib. civ. Seine (réf.), 7 mars 1949, Banque 1949, 431; Cass. 8 déc. 1953, J.C.P., 1954, I, 121, note LESCOT; Cass. 13 avril 1967, Rev. Jur. comm., 1967, 884, note STOUFFLET J.; etc.

(466) A notre connaissance, aucun auteur français n'a explicitement défendu la thèse de la nature causale du crédit documentaire.

(467) Nous avions noté (supra, n°255) une certaine tendance jurisprudentielle belge à ne plus évoquer la nature abstraite de la garantie automatique.

(468) Cet arrêt a été étudié supra, n°206.

(469) Ainsi, la cour d'appel de Paris, le 8 déc. 1977 (D., 1979, J., 259),le tribunal de Gde. Inst. de Paris, le 20 mars 1979 (décision reprise par VILLEREY, op. cit., 276) et la cour de Cassation, 12 juin 1979 (Bull. cass. 1979, IV, n°197, 150) parlent de la garantie indépendante.

Le trib. de Gde. Inst. de Paris, le 29 janvier 1981 (D. 1981, J., 336), celui de Montluçon, le 9 janvier 1981 (D., 1981, J., 390) notent le caractère "autonome"de la garantie automatique.

La cour d'appel de Rennes, le 11 juillet 1978 (inédit) invoque l'engagement "distinct"que constitue la garantie automatique.

(470) Trib. Gde. Inst. de Paris, 13 mai 1980, D. 1980, J., 490, étudié supra, n° 234.

(471) D. 1981, J.. 338, note M. VASSEUR, évoquée supra, n° 230.

(472) L'attendu est repris par le Trib. de Gde. Inst. de Montluçon, saisi sur le fond à la suite de l'arrêt de Riom (Trib. Gde. Inst. Montluçon, 9 janv. 1981, D. 1981, J. 390, note M. VASSEUR).

(473) Comp. BERLIOZ G., Les garanties dans les relations économiques internationales, J.C.P., éd. C. et I., 1980, II, 13324:*"Dans tous les cas (garantie de soumission, garantie de restitution d'acomptes, garantie d'exécution), il a un avantage de trésorerie (dans la mesure où la garantie inconditionnelle remplace le dépôt d'espèces). C'est cet avantage qui est la cause de son engagement";* et VASSEUR M., note sous Trib. comm. Paris, 24 mars 1981, D., 1981, J., 487: *"La cause de l'engagement du banquier, aussi bien dans ses rapports avec le bénéficiaire envers qui il s'engage, que dans ses rapports avec son client: le donneur d'ordre, au profit de qui il s'engage, réside dans la considération de ce qu'en conséquence de l'engagement pris envers lui, l'acheteur, le maître d'ouvrage étranger, traitera avec l'exportateur".*

(474) VILLEREY A., op. cit., 265 et s.

(475) Supra, n° 113 et 114.

(476) Supra, n° 192 et 193.

(477) Supra, n° 143 et 144, l'étude germanique des risques souscrits par la garantie automatique et supra, n° 155, la présentation de la thèse de KÜBLER qui voit dans cette fonction de la garantie automatique la cause du contrat.

(478) A ce propos, déjà nos réflexions lors de notre étude de la signification de la clause de garantie automatique dans l'équilibre contractuel, supra, n° 86 et s.

(479) A ce propos, infra, n° 279 et s., la théorie de"groupe de contrat" et son application à la garantie automatique.

(480) CAPITANT H., De la cause des obligations, Paris, 1927, 3°éd., n°180 et s.

(481) Paris, 21 janv. 1972, Banque, 1972, 299, note L.M. MARTIN.

(482) Ph. MALAURIE, note sous Cass., 1 mars 1972 et Cass. 27 juin 1973, D. 1973, 735 in fine; comp. Trib. comm. Brux., 16 juin 1975 (Rev. Banque, 1976, 301) : *"Le créancier doit être un étranger par rapport aux relations entre le débiteur et la caution : sa sécurité juridique est à ce prix".*

(483) A ce propos, les réflexions de PLANIOL et RIPERT (Traité de droit civil français, T. VI, n°269); ceux de RIEG (Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Thèse, Strasbourg, 1961, 281) qui se réfèrent aux développements de CAPITANT.

(484) CAPITANT H., op. cit., 222, n°102, et 244, n°112.

(485) *"Nous avons dit qu'il y a quelques cas dans lesquels la promesse de payer est faite dans des conditions telles que le créancier auquel elle s'adresse ignore la cause qui détermine le débiteur à s'obliger envers lui"*(CAPITANT H., op. cit., n°112).

(486) *"Ainsi, par nature, les relations personnelles de la caution avec le débiteur ne font pas partie de la cause de son engagement"* (GHESTIN J., op. cit., 601, n°711); Comp. l'attendu de la Cour de Cass. le 17 juillet 1978 (Bull. civ., IV, n°192, 162): *"si l'intéressé voulait que le motif de son engagement soit introduit dans le champ contractuel et devienne une cause ou une condition du cautionnement par lui fourni, il lui appartenait de l'indiquer expressément dans cet engagement"* et la déclaration de MAURY (V° Cause, Dalloz, Rep. dr. civ., 1970, n°176): *"S'il s'agit d'un cautionnement à titre onéreux, ce rapport (caution débiteur) n'est pas l'équivalent voulu par la caution dans son contrat avec le créancier et n'est pas non plus une qualité prévue de cet équivalent; donc ce n'est pas la cause de l'obligation. Ne pas tenir compte de son existence, ce n'est qu'appliquer la théorie même de la cause".*

(487) BOYER L., La notion de transaction - Constitution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse 1947 (MAURY est le promoteur de cette thèse de BOYER). Le lecteur trouvera un excellent exposé de la théorie de la cause chez BOYER, in Vieujean, Hannequart, Renard, Théorie générale des obligations, Novelles, T.V, n°1109.

(488) BOYER L., op. cit., 199.

(489) BOYER L., op. cit., 214.

(490) Cass. 8 nov. 1972, D. 1973, J., 753, note MALAURIE; R.T.D. comm., 1973, 294, note HOUIN R.; G.P., 1972, I, 32. La conception objective de la cause du cautionnement avait déjà été retenue dans trois autres arrêts: Douai, 9 févr. 1883, D. 1884, 2, 213; Paris, 8 juillet 1957, Jurisdata, n°414; Trib. comm. Seine, 19 juin

1962, D. 1962, J., 769, note J. SAVATIER).

(491) En l'espèce, le débiteur était une société commerciale; la caution, le directeur de celle-ci et le créancier, la Banque qui avait consenti une ouverture de crédit à la société en considération du cautionnement offert par le directeur.

(492) Comp. avec l'analyse faite par le cour d'appel de Riom de la cause de la garantie automatique, supra, n°274.

(493) A ce propos, les observations sous l'arrêt citéesnote 491. Cf. cependant l'analyse de GHESTIN (op. cit., 600, n°711) qui fait remarquer que la Cour de cass. retient comme cause du cautionnement, la "considération" de la contrepartie fournie au débiteur.

(494) Certains auteurs notent qu'une telle conception de la cause du cautionnement fait double emploi avec le principe de l'accessoriété et en outre, *"revient à confondre cause et objet du contrat"* (Ainsi, notamment: REMOND-GOUILLOUD M., L'influence du rapport caution-débiteur, J.C.P., 1977, I, 2855, n°23; SIMLER PH., V° Cautionnement, J. Cl. civ., art. 2011-2020, fasc. B.1, n°73; MALAURIE PH., note sous cass., 1 mars 1973, D., 1973, J., 753; SIMONT-BRUYNEEL A., Le cautionnement pour toutes sommes, R.C.J.B., 1974, 215, n°5, note 13; MEINERTZHAGEN-LIMPENS A., V° Cautionnement, R.P.D.B., n°152, 2(la réflexion de MEINERTZHAGEN-LIMPENS s'inspire d'une remarque de DABIN (In pari causa turpitudinis cessat repetitio : fondement, conditions et champ d'applicabilité de l'adage. "Quid" pour les choses données en gage ?, note sous Cass. 8 déc. 1966, R.C.J.B., 1967)

(495) DUBISSON M., Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I., 1977, 445.

(496) Cf notre critique de la thèse de l'acte unilatéral, supra, n°243 et s.

(497) A noter la contradiction apparente des deux termes. L'auteur signifie simplement que la cause est le contrat (au sens du marché de base) indépendamment des obligations qui pourraient en naître.

(498) VASSEUR M., op. cit., 330; l'auteur reprend cette définition de la cause dans sa note sous Riom, 14 mai 1980, D., 1981, J., 336. Il en revient à la conception de la cause défendue par VILLEREY, dans sa note sous Trib. comm. Paris, 24 mars 1981, D., 1981, J., 487.

(499) GAVALDA C. et STOUFFLET J.- op. cit., 10 et la note 4.

(500) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 11.

(501) Cf. supra, n°264 et 265, L'analyse de la cause proposée par BOYER. A noter la déclaration de l'auteur :*"Pour parvenir à la satisfaction du besoin, à la réalisation du désir, l'esprit se rend compte qu'un certain nombre d'opérations*

successives sont nécessaires"; la représentation du"comment" renvoie au réel, à la possibilité matérielle in concreto de réaliser le but poursuivi (BOYER L., op. cit., 181).

(502) CAPITANT H., op. cit., n°8; COLIN M. et CAPITANT H., Cours élémentaire de droit civil, T.II, n°570. A propos de la fonction "classificatrice" de la cause dans la qualification des contrats, lire not. TERRE F., L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, Thèse, Paris, 1957, 249.

(503) Sur l'étude de ces différentes notions, cf. notre mémoire, Apport de la théorie aristotélicienne de la causalité à l'étude de la notion de "cause" de l'acte juridique et plus particulièrement du contrat, Licence Philosophie, Louvain, 1977-1978, n°88 et s.

(504) D'après l'expression de MAURY (V° Cause, Dalloz, Rep. dr. civ., 1970, n° 166). De PAGE parle d'erreur sur la nature de l'acte à accomplir (Traité élémentaire de droit civil, T.II, 1°vol., n°161)

(505) Comp. BOYER L., op. cit., 202 et 203 : *"Le contrat intervenu n'est pas nul puisque par hypothèse, elles ont été voulues sans que les volontés soient viciées, il y aura simplement lieu de classer le contrat dans une catégorie différente de celle que les contractants ont choisie par erreur ou simulation, il y aura lieu de procéder à sa dénaturation".*

(506) Puisqu'il y a absence de consentement. Ainsi, lorsque des personnes illettrées signent un acte de cautionnement en croyant n'octroyer qu'une garantie purement morale (Cass., 25 mai 1964, D., 1964, 626). Comp. MAZEAUD H.L.J., Leçons de droit civil, 4°éd., 139, n°161 qui parle à ce propos d'erreur -obstacle.

(507) BOYER évoque lui-même cette hypothèse (op. cit., 216).

(508) C'est à dire une erreur de droit au sens strict (GHESTIN J., La notion d'erreur en droit positif actuel, Thèse, Paris, 1971, 54, n°54).

(509) ... ainsi, l'erreur sur la cause ne s'identifie pas avec l'absence de cause. Comp. BOYER L., op. cit., 224: *"L'erreur n'est prise en considération que si le motif en question faisait partie des éléments (catégoriques) du contrat"* et MAURY J., op. cit., 115 qui parle d'*"erreur sur la qualité de l'équivalent".*

(510) De nombreux auteurs souhaitent l'extension de la nullité pour illicéité à l'ensemble des motifs et mobiles et non simplement à la cause du contrat: *"De lege ferenda, il serait tout d'abord opportun de rattacher ... les conséquences du caractère illicite ou immoral de la cause aux restrictions de la liberté contractuelle apportées par l'ordre public et les bonnes moeurs. Surtout la prise en considération du but poursuivi serait plus claire qu'une référence à la notion de cause ..."*(GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le Contrat, 617, n°722)

(511) Supra, n°248.

(512) Supra, n°275.

(513) VILLEREY A., op. cit., 227.

(514) VASSEUR M., op. cit., 331

(515) Selon le titre même de la thèse de TEYSSIE B., Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, La théorie du "groupe de contrats" connaît un indéniable succès en France. Cf. entre autres les thèses de LARROUMET (Les opérations juridiques à trois personnes, Thèse, Bordeaux, 1969)et de CHEDEVILLE(La liaison entre les contrats, Thèse, Paris, 1977).

(516) BERLIOZ G., Les garanties dans les relations internationales, J.C.P., éd. C. et I., II, 13324, 341.

(517) Comp. TEYSSIE B., Les groupes de contrats, Thèse, Montpellier, 1975, Paris, n°64 : *"De la même manière qu'elle permet d'expliquer la connexité des obligations engendrées par les contrats synallagmatiques, la cause apparaît ici (dans les groupes de contrats) comme un facteur essentiel d'unité".*

(518) La doctrine italienne exigeait à la fois la présence d'une cause-fonction légitime selon l'article 1322 du code civil italien et l'existence d'une cause matérielle licite selon l'article 1325 du même code.

(519) VILLEREY A., op. cit., 265; comp. supra, n°206, le raisonnement semblable tenu par la cour d'appel de Paris dans sa décision du 15 juin 1973 et l'affirmation de BERLIOZ G. (op. cit., 344) : *"En droit français, comme dans les autres droits, cette analyse de la garantie en tant qu'engagement abstrait est donc dangereuse pour l'efficacité des garanties ... Elle est par ailleurs inutile car la lettre de garantie a une cause, rendant académique la controverse sur la possibilité de créer un acte abstrait".*

(520) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., n°11: *"On peut douter qu'il en aille ainsi (que la garantie soit abstraite) et si l'analyse de la garantie devait conduire à la conclusion que la garantie est sans cause, sa validité serait inéluctablement compromise".*

(521) *"La garantie à première demande ne peut en aucune façon être considérée comme un démembrement ou une forme particulière de cautionnement: obligation "sui generis", elle dispose, par rapport au cautionnement d'une existence et d'une autonomie juridique indiscutable"*(VILLEREY A., op. cit., 266). A noter que les auteurs excluent d'emblée l'applicabilité des prescrits sur le cautionnement au nom de la particularité de la garantie automatique (à ce sujet, lire en particulier GAVALDA et STOUFFLET, op. cit., 22).

(522) Notons que pour des motifs historiques contestables selon la démonstration de BOULANGER (La promesse de porte-fort, Thèse, Paris, 1933), les doctrines et

jurisprudences françaises et belges ont toujours restreint la promesse de porte-fort consacré par l'article 1120 C.C. à la seule hypothèse de la promesse de ratification par un tiers d'une dette future. L'explication par la promesse de porte fort ne vaudrait donc que pour la garantie de soumission. Pour un cas jurisprudentiel récent de porte-fort, lire Lyon, 11 mars 1980, D., 1981, J., 617 note G. PAYRARD.

(523) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 9.

(524) VASSEUR M., note sous Paris 14 nov. 1978; Paris, 22 juin 1978, D. 1979, J., 259. Comp. : *"Le principe de l'accessoire"*, s'il est *"un élément essentiel du cautionnement" ... "n'est pas d'ordre public"*(GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 9)

(525) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit. 9. A noter que Stoufflet défendait déjà l'idée que la subsidiarité du crédit documentaire ne signifiait pas son accessoriété: *"Mais, résulte-t-il de la subsidiarité économique de l'ouverture de crédit que le sort de l'engagement du banquier envers le bénéficiaire soit lié à l'existence du contrat de vente ? Cela n'est nullement certain "*.(STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse citée, n° 236; du même auteur, V° Crédit documentaire,Dalloz, Rep. dr. comm., n°37 et s.). A noter que les droits italien (supra, n°190) et germanique (supra, n°132) nient la subsidiarité de crédit documentaire.

(526) Comp. supra, n°188 l'approche italienne où le genre sûreté personnelle ne se confond pas avec le cautionnement accessoire.

(527) Supra, n°134.

(528) Supra, n°264. Nous avons signalé à ce propos les ambiguités du droit belge qui parlant de garantie "abstraite" semble opposer la garantie automatique ainsi dénommée au cautionnement et oublier que le cautionnement est également , dans la doctrine majoritaire, un contrat abstrait.

(529) *"Ainsi, l'engagement de la banque est-il juridiquement causé - tout comme d'ailleurs l'est nécessairement celui d'une caution ... Ce qui montre - et il ne pouvait juridiquement en être autrement à peine de remettre en cause la validité de la garantie à première demande - que ce n'est pas par rapport à une notion d'existence ou d'absence de cause - au niveau bien entendu des principes- que se différenciaient garantie à première demande et cautionnement traditionnel"*(VILLEREY A., op. cit., 265).

(530) VASSEUR M., op. cit., 332; Comp. les réflexions de SCHINNERER E., reprises supra, n° 157 .

(531) BERLIOZ G., Les garanties dans les relations économiques internationales, J.C.P., éd. C. et I., II, 13324,343; VASSEUR M., Droit et économie bancaires, Cours polycopié , 1979-1980, T.III 710

(532) DUBISSON M., Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I., 1977, 445. Comp. avec les conclusions de PORTALE, supra, n°194.

(533) En cas de garantie de soumission, il ne peut être question de trouver la cause dans la signature d'un contrat puisque ce dernier n'existe pas encore à ce stade du contrat.

(534) La définition de la cause de la garantie donnée par VASSEUR est mal adaptée aux garanties de remboursement d'acompte et de retenue de garantie qui ont pour objet, une prestation particulière dans l'ensemble du déroulement de l'opération commerciale et non l'ensemble de l'opération commerciale (Cf. déjà nos remarques à ce propos, supra, n°280).

(535) Comp. avec la notion allemande de "Leistung" opposée à celle de "Verpflichtung".

(536) VASSEUR M., op. cit., 332; comp. les réflexions de LESGUILLONS dans ses documents du colloque de Tours (Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 515), celles de M.M. GAVALDA et STOUFFLET (op. cit., 11): *"L'analyse causale assure au garant et, indirectement, à son donneur d'ordre, un minimum de protection en laissant ouverte une possibilité limitée mais réelle d'annulation de la garantie pour atteinte aux règles légales sur la cause"*, et celles de VASSEUR M., note sous Paris 29 janv. 1981, Riom, 14 mai 1981, Trib. Gde. Inst. Paris 11 juillet 1980, D. 1981, 341.

(537) *"Il importe d'examiner le recours ainsi fait à la notion de cause, non sans avoir rappelé, à la suite du Professeur GHESTIN (Traité de droit civil, Le contrat, 1980, p. 616) que"l'obscurité de cette notion, la diversité de ses définitions, selon la fonction qu'elle est appelée à remplir, en font la providence des plaideurs et parfois des juges en peine d'arguments juridiques!' En 1932, M. ROUAST, rendant compte de l'ouvrage de CAPITANT sur la cause à la Revue trimestrielle de droit civil, 1923, p.395, écrivait déjà: "la notion de cause ... est célèbre par les obscurités qu'y a accumulées un siècle de commentaires, aussi ingénieux que stériles". La notion de cause, une notion dont il convient de se méfier".* (VASSEUR M., note sous Trib. comm. Paris, 24 mars 1981 (2°ord.) et 5 mai 1981, D., 1981, 486.

(538) V. supra, n°280.

(539) Comp. avec l'hypothèse du droit germanique, supra, n° 163.

(540) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 11.

(541) Ces trois conditions sont retenues par la doctrine française dominante. A leur propos, lire GHESTIN J., V° Erreur, Rép. dr. civ., 1965, n°30 et s.

(542) En principe, le banquier ne connaît-il pas ou ne doit-il pas connaître les opérations traitées par son client ?

(543) *"Il s'agit de-savoir si le co-contractant a connu ou du moins a été en mesure de connaître le motif déterminant sur lequel porte l'erreur".* (RIPERT J.- BOULANGER J., Traité de droit civil français d'après le traité de Planiol, T. II, 1956, 73)

Pour rejeter la demande en annulation de la garantie, le bénéficiaire d'une garantie se prévaudra facilement du fait que le motif erroné à savoir l'ampleur de l'obligation garantie n'a pas déterminé son consentement et qu'un outre il n'était pas "commun". Il n'est pas évident que le banquier attache de l'importance au contenu précis de l'opération commerciale de base.

(544) V. supra, n°224.

(545) VILLEREY A., op. cit., 273; VASSEUR M., op. cit., 348 dans sa note sous l'arrêt cité (D. 1979, J., 259), VASSEUR justifie la libération du garant par la fraude et non par la notion de cause.

(546) GAVALDA C. et STOUFFLET J., op. cit., 11)

(547) Trib. comm. Paris, 24 mars 1981, D.1981, J., 482, note M. VASSEUR.

(548) Paris, 29 janvier 1981, D. 1981, J. 336, note M. VASSEUR.

(549) Comp. avec la position défendue par STOUFFLET dans sa thèse sur le crédit documentaire (n°338): *"Le banquier, dit-on, devrait pouvoir refuser le règlement du crédit chaque fois qu'il possède la certitude que le contrat de vente n'existe pas ou qu'il est nul. Mais, il est extrêmement rare qu'en fait, il puisse avoir une certitude à cet égard".* Dans les écrits suivants, V° Crédit documentaire, J. cl. comm., Fasc. 32, 1976, n°108) STOUFFLET se prononce contre la prise en considération de la nullité ou de la résolution du contrat de vente : *"On a pensé qu'il n'était pas possible de permettre la réalisation du crédit quand le contrat de vente était nul ou résolu. La jurisprudence française n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point, mais les juges étrangers ont en général condamné cette position doctrinale* (STOUFFLET fait ici référence notamment à la décision du trib. comm. de Bruges du 10 juin 1952 - R.T.D. comm., 1954, 472-) *Cette jurisprudence mérite approbation..."*

(550) *"Admettre l'exception (à défaut de certitude), ce serait alors la ruine de l'institution."* (STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse citée, 324, n°388)

(551) Trib. comm. paris, 24 mars 1981, D., 1981, J., 482, note VASSEUR M.

(552) VASSEUR M., note sous trib. comm. Paris, 24 mars 1981, D., 1981, J., 488. Nous reviendrons (infra, n°325 et s) sur cette question du rôle de la cause lors de l'exécution du contrat, notons cependant qu'en ce qui concerne le cautionnement, la décision de la Cour de cass. du 8 nov. 1972 a affirmé que l'existence de la cause du cautionnement s'appréciait au moment de la formation du contrat (Sur cette conception "instantanée" de la cause, lire la note de MALAURIE, D., 1973, J., 753).

(553) GHESTIN J., Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Paris, 1980, 616, n°722.

TITRE III - NOTES

(1) Cf. supra, n°190 et s.

(2) Cf. supra, n°273 et s.

(3) Cf. supra, n°195 et 281. *"En réalité, les deux aspects du contrat correspondent à deux éléments inséparables de la réalité: la matière et la forme ... La matière ne se transforme en instrument que par la forme. Et l'instrument lui-même ne saurait être considéré comme l'organe d'une fonction que si une relation constante se dégage entre sa forme et les besoins de sa fonction".* (ZAKSAS J., Les transformations du contrat et leur loi, Thèse, Toulouse, 1939, 140 et 141).

(4) Cf. supra, n°113 et 114.

(5) Cf. supra, n°155 et 156.

(6) Cf. supra; n°161.

(7) Sauf peut-être en droit belge, v. cependant nos réflexions supra, n°260.

(8) Nous résumons ici divers arguments rencontrés lors de notre critique de la thèse belge de l'acte abstrait, supra, n°262 et s. et lors de notre examen de l'évolution de la théorie de la cause du cautionnement en droit français, supra, n°278 et s.

(9) En droit français, notamm. CAPITANT H., De la cause, Paris, 1923, n°112; RIEG A., Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Thèse, Strasbourg, 264; JOSSERAND L., Les modèles dans les actes juridiques, Thèse, 1928, n°108 et s.; BRETHE de la GRESSAYE J., Intervention lors des 3° journées de rencontres franco-latino-américaines, R.I.D.C., 1951, 506-507.

En droit belge, notamm. VAN OMMESLAGHE P., note citée, R.C.J.B., 1970.312

(10) L'objection est déjà adressée par DABIN J., Les récentes destinées de la théorie de la cause des obligations, Belg. Jud., 1929, 341 : *"Ce qui est intéressant en revanche, et éminement pratique, c'est de savoir 1°. dans quelle mesure le motif peut être pris en considération ...*

2°. S'il est possible d'extraire de la théorie de la cause quelque argument d'ordre juridique contre la prise en considération d'un motif ..."

Comp. l'exemple donné par TANDOGAN H., Théorie générale des obligations, Genève,

1970, 88, §11, UU, 1: *"Si A. vend un terrain à B., pourquoi le vend-il ? Certes, pour avoir de l'argent. Mais, pourquoi veut-il avoir de l'argent ? Peut-être pour acheter des titres ? Mais pourquoi ..."*

(11) *"Il est donc légitime de faire figurer en relation avec la cause du contrat, un attachement subjectif consistant en ceci ; la volonté privée s'attache comme à son but, à la fonction typique du contrat, mû par un intérêt concret à son"actuation""*(BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1955, 87). Comp. HEBRAUD Ph., V° Acte, Dalloz, Rép. dr. civ., 1970, n°15; du même auteur, Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans l'acte juridique, Mélanges, J. Maury, T.II, 1960, 419 et s. et surtout ZAKSAS J., Les transformations du contrat et leur loi, Thèse, Toulouse, 1939, en particulier, 140 et s.

(12) C'est tout le sens de la thèse de M. ROUHETTE, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, Thèse, Paris, 1965, 2°vol. L'auteur démontre que la force obligatoire du contrat n'est pas fondée sur la volonté, *"fondement dérisoire du contrat"*, mais de l'équilibre des intérêts des individus, intérêts qui sont pour lui *"à la base du contrat"*(pp.631-632). Le contrat ou plutôt chaque type contractuel (pour l'auteur, le droit positif ne connaît pas la catégorie unitaire du contrat) est un acte productif de normes bilatérales, c'est à dire, liant deux centres d'intérêts (p.635).

On notera en outre la réflexion de MARTIN de la MOUTTE (L'acte juridique unilatéral, Thèse, Paris, 1951, 42, n°33): *"Le caractère propre de la convention est de faire naître des besoins qui s'opposent, se rencontrent et entre lesquels les contractants s'efforcent d'établir un équilibre transactionnel. Elle suppose ainsi une discussion, une prise en considération d'intérêts contradictoires qu'elle aménage le mieux possible en une sorte de compromis. La convention exprime toujours la concilia tion d'intérêts contradictoires".*

(13) Sur le contrat défini comme la mise sur pied d'une structure d'action sur le réel, lire en particulier ZEPOS P.,Zur eine Gestalttheorie Auffassung des Schuldverhaltnisses, AcP., 155, 486 et ses nombreuses références à LARENZ. Pour ZEPOS comme pour LARENZ, *"le contrat est une structure globale dans laquelle l'ensemble des éléments se répondent et qui se présente comme un lien juridique particulier entre les contractants ... L'ensemble du contrat obligatoire est un tout organisé en soi, lequel n'est pas la simple somme mathématique ou l'accumulation mécanique des éléments y appartenant mais bien plus une caractéristique phénoménologique particulière, un complexe particulier de droits et de devoirs avec son sens propre, doté de sa fonction et de sa valeur particulière".*

(14) *"Ce qu'apporte la notion de cause, c'est une démonstration de garantir par un ensemble de règles l'interdépendance des obligations dérivant d'un contrat bilatéral. La notion de cause permettra d'analyser le lien qui existe entre les deux engagements ".*(SIMONIUS A., Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse, Mélanges H. Capitant, 761 in fine.)

(15) *"Le contrat est anticipation, les parties ont cherché à prévoir l'avenir et ont fait confiance à leur prévision"* (PATRY R., Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, Thèse, Genève, 1953, 37).Pour HAUSER (Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse Paris, 1971). C'est la

prévisibilité des effets qui est l'essence de l'acte juridique. Comp. HAURIOU (L'institution et le droit statutaire, extrait du recueil de législation de Toulouse, 2° série, T.II, 1906, 173):*"L'opération procédurale règle l'exécution de l'oeuvre sociale accomplie par une procédure dont chaque acte devient un fait par son exécution même si elle est constituée par un enchaînement de faits, de consentements aussi bien que par une série d'actes; la procédure objective est le seul lien de l'opération dont l'unité n'est aperçue qu'a posteriori. Au contraire, par le contrat, l'exécution de l'oeuvre sociale à accomplir est prévue et réglée par avance dans le contrat, ramenée à l'acte par le contrat qui est un état de prévision".* et HAUSER (Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse, Paris, 1970, 282: *"L'acte juridique ... assure une certaine prévision en incluant dans sa substance une certaine part de déterminisme qu'il puise dans la base objective que lui fournit l'ordre juridique, il vise à créer une réalité absolument nouvelle mais qui constitue finalement un équilibre voulu et prévu. C'est l'aspect statique de la cause, propre au domaine juridique".*

(16) La même remarque vaut pour le cautionnement. A ce propos, cf. supra, n°274.

(17) Comp. la formule de BUFNOIR (Propriété et contrat, Paris, 1894 ,529) qui définit la cause comme l'*"élément intentionnel inhérent au contrat parce qu'impliqué par la nature du contrat et qui par suite a été connu ou devait être connu des deux parties et non purement personnel à celui des deux contractants qui s'oblige".*

(18) BOYER L., Thèse citée; MAURY J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, Thèse, Toulouse, 2 vol.; LOUIS-LUCAS P., Volonté et cause, Essai sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé, Thèse, DIJON, 1918.

(19) MAURY J., V° Cause, Dalloz, Rép. dr. civ., 1970, n°87. *"L'équivalence n'est pas autre chose que l'égalité des valeurs d'échange de deux prestations corrélatives. Par l'idée d'équivalence, nous entrons dans le domaine du commerce économique, nous prenons position sur le terrain du marché. Or, si la valeur d'échange apparaît au premier abord comme un phénomène objectif, comme un fait s'imposant aux individus, nous savons que cette valeur d'échange dépend de phénomènes subjectifs, est fondée sur des valeurs d'échanges individuelles qu'à son tour, elle précise et modifie".* (MAURY J., Thèse citée, T.I, 159).

(20) MAURY J., Thèse citée, 156 et 157: *"... On donne pour avoir mais que veut-on avoir ? Répondre, c'est dire dans quelle sorte de contrat va s'enchâsser l'obligation qu'on consent. La nature de la cause révèle la nature du contrat".*

(21) La garantie à première demande peut être émise à l'appui d'une opération de crédit fait à leur filiale.

(22) L'analyse de la cause définie comme "lien" entre la cause-fonction et la cause matérielle est développée pour la première fois par CHARLIER R.E., La cause dans la jurisprudence administrative récente, J.C.P., 1950, I, 871. Sur le bien-fondé de cette analyse, le lecteur se référera à notre mémoire, Apport de la

théorie aristotélicienne de la causalité à l'étude de la notion de cause de l'acte juridique et plus particulièrement du contrat ,, Louvain, 1977-1978.

(23) *"La cause n'est donc ni la volonté, ni la forme, ni la cause matérielle, elle est leur unité vécue, leur "unité profonde"* (HEBRAUD Ph., op. cit., 446 et à ce propos, sa critique de CAPITANT).

(24) *"La cause doit être définie comme le lien entre la volonté et les éléments objectifs de l'acte juridique "* et *"est dès lors le critère de l'acte juridique"* (HAUSER J., Thèse citée, 282). Sur la supériorité de cette approche "synthétique" du contrat, lire GHESTIN J., op. cit., 130 et s.)

(25) A ce propos, nos réflexions en droit français, supra, n° 323

(26) Nous reprenons ici les conclusions de la doctrine allemande, supra, n°143 et 156.

(27) C'est à dire, la garantie qui couvre l'exécution du marché jusqu'à la réception provisoire (Sur ce point, supra, n°48).

(28) Supra, n°92 et s.

(29) Supra, n°78 et s.

(30) Cf. notre analyse des clauses d'imprévision et de force majeure, supra, n°73 et s.

(31) Supra, n°94 et 95.

(32) Comp. supra, notre conclusion du titre I, n°96 et 97.

(33) DUBISSON M., Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 115.

(34) DUBISSON M., op. cit., 116; MATTOUT J.P., La délivrance des cautions de soumissions dans les marchés internationaux à moyen et à long terme, Banque, 1977, 419.

(35) Cf. supra, n°71.

(36) La position adoptée ne rejoint pas celle de DUBISSON pour lequel la garantie de soumission ne peut couvrir que le risque de refus de contracter le marché lorsque les termes du marché sont conformes aux termes de la soumission. Toutefois, elle reconnaît avec l'auteur cité la spécificité de la garantie de soumission.

(37) Dans le cas d'acomptes, ces avances diminuent au fur et à mesure de l'exécution des travaux; dans le cas de renonciation à la retenue, ces avances augmentent en sens inverse (Cf. à ce sujet, le schéma repris supra, n°55).

(38) Supra, n°138 et s.

(40) A ce propos, la notion de "Mischformen" ou "Zwischenformen" développée par la doctrine germanique, supra, n°138.

(41) On parlera de même de l'opposition entre garantie autonome, indépendante, abstraite, et cautionnement accessoire, dépendant et causal.

(42) A ce propos, lire les développements de SAVATIER R., Les métamorphoses économiques et sociales de droit civil d'aujourd'hui, Paris, 3°éd., 1964, en particulier le chapitre IV, 1"L'éclatement du contrat dans l'espace et dans le temps"(110 et s.)

(43) *"Le droit commun des obligations n'est pas toujours adapté à ces particularités. Il y manque un régime des contrats "à long terme" qui organiserait les tempéraments nécessaires au principe de la convention-loi. D'autre part, la prépondérance du souci de préserver les relations des parties au delà du contrat en cours incite à prendre certaines distances vis-à-vis du droit".*
(FONTAINE M., Le contrat économique international, Stabilité et évolution, Travaux des VII° journées juridiques J. Dabin, Louvain, 1975).

(44) Supra, n°183 et s.

(45) Supra, n°192.

(46) Supra, n306.

(47) Selon l'appellation de BOYER.

(48) Cf. sur l'utilisation de ces notions en droit français, supra n°287 et s.

(49) V. Supra, l'analyse de l'article 1322 dans la reconnaissance en Italie de nombreuses formes de sûretés personnelles innommées, supra, n°175 et s.

(50) *"Le droit - et même avant le droit, la conscience sociale - approuve et protège l'autonomie privée, non en tant qu'elle suit un caprice momentané, mais en tant qu'il suit un intérêt objectif et typique au changement de l'état de fait et se dirige à partir de fonctions sociales dignes d'intérêt".* (BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1955, 182).

(51) Supra, n° 287 et s. A ce propos, on citera la réflexion de VEDEL (Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Thèse, Toulouse, 1934, 463): *"la cause serait une forme de l'intelligence juridique... En tant que concept, elle a un contenu variable mais en tant que fonction, elle présente une permanence certaine : elle assure la conformité des obligations aux exigences de la conscience des indicidus vivants en société, et particulièrement leur correspondance à la justice".*

(52) A ce propos, les développements de ZAKSAS, op. cit., 418 et s.) qui démontrent la transformation de la conscience sociale dans la compréhension de ces notions.

(53) DE PAGE H., Considérations sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, Bulletin de l'Académie- Classes de Lettres et des Sciences morales et politiques, T.XXXVI, 1950, 575. Comp. CARBONNIER J., Droit civil, 9°éd., 1976, T.IV, n°30, 103.

(54) *"Le contrat en tant qu'accord de volontés n'est qu'un moyen, un instrument, que le droit sanctionne parce qu'il permet des opérations socialement utiles".* (GOUNOT E., Le principe de l'autonomie de la volonté, Thèse, 1912, 341). A propos de la primauté du droit objectif et de l'intérêt général, les réflexions de GHESTIN J., op. cit., 131 et s.

(55) Ce qui ne sera pas facile, vu la complexité des opérations commerciales "clé en main". Rappelons en outre que c'est l'existence des risques juridictionnels qui, précisément, a nécessité la délivrance d'une garantie automatique, lire supra, n° 16 et s.

(56) Nous renvoyons sur ce point aux nombreuses références citées dans notre article, Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance caution, Bull. Assur., 1979, n°3 et s.. Voir également LESGUILLONS H., Histoire, signification et pratique des garanties, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 7 et s.

(57) A cet égard, les références citées dans l'article cité à la note précédente et l'analyse qui y est proposée de l'ambiguité de certains de ces cautionnements. administratifs.

(58) Citons la clause de la garantie de bonne exécution délivrée en France dans un marché public : (le cautionnement comprend) *"un engagement de verser sur l'ordre de l'administration contractante, et cela, sans que la caution puisse différer le paiement et soulever contestation pour quelque motif que ce soit".* A noter également les cautionnements à premières demande délivrés dans les marchés publics nationaux analysés par la jurisprudence tant italienne (supra, n°179 et s) que française.

(59) Les travaux de la C.C.I. et de la C.N.U.D.C.I. mentionnent à plusieurs reprises que la plupart des garanties automatiques sont délivrées en faveur d'organismes publics.

(60) Cf. supra, n°96 et 97, notre conclusion du titre I.

(61) Cf. supra, n°67 et 68. Cette constatation apportait une première justification économique à l'apparition de la garantie automatique.

(62) Cf. supra, n°86 et 87.

(63) VILLEREY A., op. cit., 266.

(64) Ces rapprochements sont proposés en pariculier par VAN LIER et VASSEUR. VELU (op. cit., 216 et s.) étudie en outre le rapprochement avec les institutions de la solidarité, du porte-fort et du constitut de la dette d'autrui. Les réflexions qui suivent ne font que résumer l'argumentation proposée in BELLIS M. - POULLET Y., Emergence de la sûreté personnelle non accessoire, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Colloque de Tours, 19 et 20 juin 1980, Paris, 154 et s.

(65) Sur cette comparaison, outre les auteurs cités note 63, lire EISEMANN (Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arb., 1972, 384) et DUBISSON (Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I. 1977, 439) qui qualifient la garantie de variante de l'assurance-crédit.

(66) C'est à cette objection que VELU et VAN LIER se limitent. Remarquons cependant que certains contrats d'assurance-crédit souscrivent à des risques plus étendus et que la nature de ce contrat n'exclut en aucune manière la prise en charge de risques supérieurs (à ce propos, la démonstration de FONTAINE (Essai sur la nature juridique de l'assurance crédit, Thèse, Liège, 1966)).

(67) La doctrine italienne évoque à ce propos la différence de cause-fonction qui existe entre les deux institutions. Cf. sur cette différence, nos remarques in Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Ass., 1979, 5 et s.

(68) Comme nous l'avons reconnu, supra, n°85.

(69) Cf. sur cette complémentarité limitée, les développements, supra, n°42.

(70) On notera cependant une différence . Dans le crédit documentaire, le paiement est documentaire. *"Ce qui paraît par contre différencier fondamentalement le crédit documentaire irrévocable de la garantie à première demande, c'est le caractère essentiellement documentaire du premier : l'exécution de l'engagement du garant y est subordonné à des conditions dont la réalisation rend vraisemblable l'accomplissement des obligations du vendeur, en telle sorte qu'à la différence de ce qui se passe en matière de garantie payable sur première demande, le risque est écarté de voir saisir la garantie arbitrairement".* (VELU S., op. cit., 220; Comp. VAN LIER H., op. cit., 349).

(71) La différence entre le crédit documentaire , moyen de paiement, engagement principal et garantie automatique, sûreté personnelle, engagement subsidiaire est notée en droit allemand et italien. On y ajoutera l'attendu du tribunal de commerce de Bruxelles du 21 ov. 1979 (J.C.B., 1980, I, 41 et s.): *"Le (crédit documentaire) assure au vendeur le paiement du prix tandis que la garantie bancaire garantit à l'acheteur qu'il sera indemnisé".* (en l'occurrence, il s'agissait d'une garantie de paiement).

(72) VAN RIJN et HEENEN estiment que la garantie est analogue à l'engagement cambiaire. La même analogie avait été défendue par STOUFFLET (Le crédit documentaire, Thèse citée, 393) à propos du crédit documentaire.

(73) Comp. VELU S., op. cit., 223 et 224 : *"La lettre de garantie n'est, quant à elle, pas destinée à circuler. Elle n'est pour le bénéficiaire ni un instrument de paiement, ni un instrument de crédit."* Voir aussi VON METTENHEIM H., Die missbrauchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien, RiW/AWD, 1981, 582 in fine.

(74) Cette conséquence est tirée par un arrêt américain : United Tecnologics Corp. v. Citybank N.A., 469 F. Supp. 473 (1979).

(75) La qualification: contrat "sui generis" est reprise dans la plupart des droits étudiés (Cf. en droit allemand (supra, n°133) la référence au §305 et à l'autonomie contractuelle; en droit italien (supra, n°192), la référence à l'article 1322 C.C.; en droit francais (supra, n°284) et en droit belge (supra, n° 251, la référence à l'article 1134 C.C.

(76) CAPITANT H., De la cause des obligations, 8, n°2 se référant à un auteur allemand SCHLOSSMANN, Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge, Breslau, 1868, 39)

(77) Cf. en droit italien (supra, n°195); en droit français (supra, n°281. Aj. la définition "synthétique" de la cause proposée, supra, n°304 et notre référence à ZAKSAS, citée supra, n°303, note 3.

(78) Comp.: *"Lorsqu'elle délivre sa garantie, la banque n'entend s'engager qu'en considération du contrat commercial conclu par son client, donneur d'ordre".* (VILLEREY A., op. cit., 271) et

"(Considérer que) l'obligation découlant de la garantie n'est valable que si elle fait référence au moment de sa création, à un Grundgeschäft qui la justifie, sans pour autant que la découverte ultérieure des vices de ce Grundgeschäft puisse affecter la validité et l'efficacité de la garantie" (MAZZONI A., op. cit., 294, se référant à la thèse de PORTALE)

(79) Rappelons que certains auteurs français et PORTALE assimilent la cause de la garantie automatique à sa cause matérielle.

(80) Cf. supra, n°292, nos réflexions à ce propos. On notera également les développements de GHESTIN (op. cit., 550) : *"Dans toutes ces décisions* (prononçant l'absence de cause), *le juge constate de façon objective l'absence de cause ... Il ne se préoccupe pas de la psychologie des contractants, ni de l'équivalence des prestations, il se borne à observer que l'une des obligations ne comportait aucune contrepartie sérieuse".*

(81) En ce sens, les auteurs français VASSEUR, VILLEREY, GAVALDA et STOUFFLET (cf. supra, n°280).

(82) Nous envisagerons plus loin le problème de la cause dans l'exécution du contrat et notamment la question de la disparition du marché (disparition de la cause ?)

(83) La doctrine (v. notamm. DURRY J.C., Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Trav. Ass. H. Capitant, 1961-62, 618) tant française que belge condamne cette distinction historique qui n'est donc rappelée ici que pour mémoire.

(84) C'est le cas de l'affaire anglaise Owen (sur cette décision, supra n°124) où le contrat de base avait été conclu sous condition suspensive de l'émission d'un crédit documentaire. La garantie automatique avait été émise préalablement et fut appelée avant la réalisation de la condition.

(85) Cf. supra, n° 93, la nécessité pour la garantie de couvrir les risques juridictionnels.

(86) Les auteurs allemands ne se prononcent pas nécessairement pour autant en faveur de la nature causale du contrat de garantie automatique.

(87) Cf. sur cette conclusion de PORTALE, supra, n° 194-195 .Le Grundgeschaft est le "fondamento" du contrat de garantie.

(88) Comp. *"Considérer que l'obligation découlant de la garantie n'est valable que si elle fait référence au moment de sa création à un Grundgeschäft qui la justifie ..."* (MAZZONI A., Les garanties bancaires en droit italien, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 294)

(89)Cf. sur cette réalité supra, n°54 et notre étude d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, à propos d'une garantie de retenue.

(90) Cf. l'étude de ces différentes notions en droit français, supra, n°292.

(91) Les hypothèses de Scheingeschäft sont décrites dans les droits germaniques (supra, n°163).

(92) Cf. sur ce point, le cas anglais relatif au crédit documentaire étudié supra, n°163, note 184 où l'exportation de devises fut jugée illicite.

(93) Nous reprenons ici les conclusions de l'étude de GHESTIN (La notion d'erreur dans le droit positif actuel, Thèse, Paris, 1971).

(94) En principe, ne connaît-il et ne doit-il pas connaître les opérations traitées par son client ?

(95) Le bénéficiaire se prévaudra facilement du fait que l'origine de l'erreur du banquier n'a pas été déterminante de son consentement et qu'il n'est pas évident que le banquier attache de l'importance au contenu précis de l'opération.

(96) Nous avons déjà noté (supra, note 92) que la simulation d'un marché commercial garanti, marché en réalité inexistant, pourrait celer une opération financière illicite, ainsi une exportation de devises interdites, la fraude fiscale, etc.) L'objet du marché commercial garanti peut être lui même illicite, ainsi, la

construction d'une usine de production d'armes interdites ou de drogues, mais aussi la conclusion d'un marché violant certains accords nationaux d'approvisionnement. La cause d'illégalité peut pr ovenir du non-respect de la procédure nécessaire à la passation du marché public. Les lois peuvent obliger à un appel d'offres, au choix du soumissionnaire le plus bas, etc.

(87) Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions nous paraît être un principe universel de droit. A l'article 1134, alinéa 3 de notre code civil, correspondent les articles 1175 et 1375 du code civil italien, le principe de la bona fides anglo-saxon, le §242 BGB allemand etc.

(98) On se référera à ce propos à l'article italien de CATTANEO G., Buona fede obiettiva e abuso del diritto, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1971, 615 et s.

(99) Le principe est dégagé par WIEACKER (Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB, Tubingen, 1956). Cet auteur démontre que le devoir de bonne foi doit se comprendre comme le respect de la structure mise en place, c'est à dire l'absence de tout "venire contra factum proprium", d'acte allant à l'encontre du "sens" du type contractuel.

En droit français, la même idée est énoncée par PICARD et PRUD'HOMME (De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations, R.T.D.C., 1912, 61 et s.) Ces deux notions distinguent *"la situation juridique déterminée"* que les parties se sont appropriées en passant tel type de contrat et le *"rapport de droit"* qui en suit dont le principe de fonctionnement est fixé par la *"situation juridique"* choisie, la résolution sanctionnant tout écart important par rapport à ces règles de fonctionnement (en particulier, pp.105 et 106). Les réflexions de ces auteurs ont été reprises récemment par PILLEBOUT J.F., Recherches sur l'exception d'inexécution, Thèse, Paris, 1971, 190 et s.: *"La communauté d'origine crée entre les obligations un lien qui subsiste après leur naissance et jusqu'à leur exécution ... La nécessité d'assurer le respect du lien est renforcée par l'unité de l'opération"*.

En droit italien, on citera les travaux de BETTI, Teoria generale delle obligazioni, Milano, 1953, en particulier 65 et s. V. également ceux de CATTANEO cités note 98 (en particulier, 636 et s.)

(100) CASSIN R., Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, R.T.D.C., 1945, 169, n°3.

(101) Comme viennent de le rappeler deux arrêts de la Cour de cassation récents: Cass., 21 oct. 1974, Bull. civ., 1974, IV, 207, n°255; Cass., 16 nov. 1977, Bull. civ. III, 298, n°291. Par ces deux arrêts, la Cour de cassation limitait le rôle de la cause à la seule conclusion du contrat et interdisait tout rôle lors de son exécution. Nous avons déjà noté cette controverse doctrinale importante en France et ses conséquences importantes sur les limites de l'abstraction de la garantie automatique, cf. supra, n° 294

(102) A propos de ces notions, nos réflexions supra, n°282.

(103) V. également nos réflexions, supra, n°282.

(104) HAUSER J., Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, Thèse citée, 283,n° 158 in fine : *"Au fur et à mesure que l'on passe de la phase de conclusion à la phase d'exécution de l'acte juridique, l'aspect prévisionnel de la cause acquiert une importance grandissante ..."*
Comp. les affirmations de HEBRAUD Ph., art. cit., Mélanges J.. Maury, 1960, T.II, 451.

(105) *Ce qu'on appelle parfois un abus de droit en matière contractuelle, constitue tout simplement un acte contraire à la bonne foi"* (PLANIOL M., RIPERT G., Traité de droit civil, T.VI, n°379); comp. *"Le lien entre la bonne foi et l'abus de droit est évident"* (de BERSARQUES A., L'abus de droit en matières contractuelles, note sous Liège 14 fév. 1969, R.C.J.B., 1969, 508 et les nombreuses références).

(106) L'appréciation est faite in abstracto par rapport à l'homme raisonnable.

(107) On se référera à ce propos notamment au cas jugé par le président du tribunal de commerce de Bruxelles, le 12 oct. 1980 (décision étudiée supra, n°226) où un maître d'oeuvre provoque unilatéralement la résiliation du contrat pour bénéficier auprès d'un sous-traitant de l'ensemblier d'un prix plus avantageux.

(108) On se rappellera les faits à l'origine de la décision du Landsgericht de Francfort (décision étudiée, supra, n°168) où le bénéficiaire iranien avait refusé à plusieurs reprises la délivrance de certaines machines. Le bénéficiaire se reconnaissait incapable de monter ces machines.

(109) Cf. supra, n°73 et s. l'étude des clauses de Hardship et de force majeure.

(110) On se souviendra de la décision anglaise du 17 juillet 1981 (étudiée supra, n°125) où la demande du bénéficiaire anglais fut jugée non abusive. Le juge considère en effet que l'embargo décidé par le pays du donneur d'ordre ne pouvait libérer celui-ci de son obligation de faire tout son possible pour obtenir les dérogations nécessaires et continuer l'exécution du marché.

(111) Cf. supra, n°321

(112) Les parties prévoient expressément la réduction du montant de la garantie de restitution d'acomptes.

(113) On pourrait à l'inverse souhaiter que le montant de la garantie de retenue ne puisse être appelé que partiellement au début des travaux. (Cf. à ce sujet, le schéma repris supra, n°55 qui montre la progressive évolution du montant des retenues au fur et à mesure de l'avancement des travaux).

(114) Cf. supra, n°293 et s.

(115) *"La caducité peut être rapprochée de la nullité dans la mesure où elle sanctionne la perte d'un élément essentiel à la validité du contrat par la survenance d'un événement postérieure à sa formation et indépendamment de la volonté des parties ... Ce qui distingue la caducité de la nullité , c'est qu' elle atteint un contrat qui était pleinement valable lors de sa formation. Il*

en résulte qu'à la différence de la nullité, la caducité n'a pas d'effet rétroactif". (GHESTIN J., op. cit., 622, n°725).

(116) Il ne s'agit pas pour nous d'accorder au garant un recours chaque fois que la demande du bénéficiaire n'était pas fondée suivant le contrat de base (ce que réclame HORN, supra, n°140, note 112) mais uniquement lorsque la demande du bénéficiaire est abusive suivant le contrat de garantie.Le banquier ayant payé ne pourra recourir contre le bénéficiaire de la garantie que s'il démontre la faute de ce dernier lors de l'appel à la garantie.

(117) Nous reviendrons supra, n°342 sur l'obligation de la banque d'informer son client lors d'un appel à la garantie.

(118) Il s'agit de cas où le paiement constituerait une fraude ou une faute lourde de la part du banquier.

(119) Comp. avec la formule anglaise, étudiée supra, n°124.

(120) Nous insistons sur le fait que dans de tels cas, la banque a non seulement le droit mais aussi le devoir de refuser le paiement (PLEYER K., op. cit., 19; SIMONT L., Questions susceptibles de se poser lors de l'appel à la garantie, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, F.E.D.U.C.I., 1981, 494; POULLET Y., art. cit., D.P.C.I., 1979, 426).

(121) Lors de son action en déclaration de responsabilité bancaire, il restera au donneur d'ordre à démontrer soit que la demande en paiement de la garantie était à ce point manifestement frauduleuse que pour le banquier, l'abus devait être patent, évident, soit qu'elle lui était, pour d'autres raisons, connue.

(122) Nous n'avons relevé dans la jurisprudence aucun cas de responsabilité bancaire. On aurait cependant pu y songer à propos de l'affaire anglaise Owen où le bénéficiaire lybien tout en refusant d'ouvrir le crédit documentaire, condition suspensive du contrat, fit appel à la garantie d'exécution. Dans ce cas anglais, il nous apparaît que le paiement bancaire aurait dû entraîner la responsabilité du garant qui connaissait l'absence d'ouverture du crédit documentaire (Owen v. Barclays Bank 15 juillet 1973, 3W.L.R., 764)

(123) Infra, n°352 . Lors de ces procédures juridictionnelles rapides, le donneur d'ordre pourra invoquer d'autres moyens pour démontrer la fraude manifeste du bénéficiaire. Ainsi, il pourra se référer aux clauses du contrat de base.

(124) Il s'agit ici d'une manifestation du principe d'exécution de bonne foi au contrat de mandat qui lie donneur d'ordre et garant. Le donneur d'ordre irait à l'encontre du sens et du but du contrat par lequel il a demandé la délivrance d'une garantie automatique, s'il reprochait au banquier sa non prise en considération des litiges relatifs au contrat de base. *"En pratique, le garant, lorsqu'il est une banque, débitera d'office le compte du client comme ce dernier l'y a autorisé* (Cf. le modèle de demande d'émission de garantie reproduit en annexe). *A défaut d'une provision suffisante sur le compte, il réalisera les sûretés et privilèges attachés à l'ouverture du crédit consentie au client"*(POULLET Y., art. cit., D.P.C.I., 435; comp. SIMONT L., op. cit., 492).

(125) Comp. l'article 35 alinéa 2 de la loi uniforme sur le chèque: *"Le tiré est valablement libéré à moins qu'il n'y ait de sa part une fraude ou une faute lourde"*. Comp. en droit anglais, l'article 59 du Bills of Exchange Act de 1882 qui définit comme suit le *"payment in due course": "A bill is discharged by payment in due course by or on behalf of the drawee or accepter". "Payment in due course" means payment made at or after the maturity of the bill to the holder thereof in good faith and without notice that this title to the bill is defective".*

(126) RONSE J., Wissel brief en orderbriefje, Leuven 1974, T.II, n°1500. V. aussi: *"Le débiteur paie donc de façon libératoire entre les mains du porteur légitimé formellement même si ce dernier n'est pas autorisé matériellement à recevoir le paiement".* Comp. ROBLOT R., Les effets de commerce, Paris, 1975, 298, n°342; FREDERICQ L., Traité de droit commercial, T.X, n°145, 385 etc.

(127) VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes de droit commercial, 1°éd., T.III, n° 1599, 2°éd., 1981, T.III.

(128) Comptes rendus des travaux de la conférence de Genève, 139

(129) Le même argument est employé par les banques garantes. Citons à ce propos la conclusion de VASSEUR (op. cit., 343) : *"Les banques considèrent qu'elles doivent payer parce que leur réputation internationale est en jeu".*

(130) ROBLOT R., op. cit., 298 et 299; STANZL G., Böser Glaube im Wechselrecht, Graz, 1950, 111 et s.

(131) Cf. sur ces différentes hypothèses d'intervention de la banque du pays du bénéficiaire, supra, n°61

(132) Ce défaut de parallélisme a été noté supra, n°68.

(133) VON WESTPHALEN F., Neue Tendenzen bei Bankgarntien im Aussenhandel, W.M., 1980, 301; Comp. Stockmayer (note sous L.G. Frankfurt, 11 déc. 1979, A.G., 1980, 328).

(134) En ce sens, également GAVALDA et STOUFFLET (art. cit. R.T.D. comm., 1980, 22), Les mêmes conclusions sont dégagées en droit germanique par LIESECKE (op. cit., 27); PLEYER K., op. cit., 19), AUHAGEN (op. cit., 59) et SCHINNERER E. (op. cit., 248). En droit français, on se référera aux réflexions similaires tenues à propos du crédit documentaire par EPSCHTEIN-BONTOUX (Sécurités et précarités du crédit documentaire, Paris, 1964, 188 et s.) ; v. égalem. EPSCHTEIN S., Du recours de la banque contre le bénéficiaire du crédit documentaire (à propos de l'arrêt de Montpellier, 14 févr. 1950), Banque, 1950, 606).

Contre tout recours du banquier apériteur d'un crédit documentaire contre le bénéficiaire, STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse citée, 363 et s.

De façon générale sur l'action en répétition de l'indû en cas de paiement de la dette d'autrui, DEROUIN Ph., Le paiement de la dette d'autrui - Répétition de l'indû et enrichissement sans cause, D., 1980, 199 et s.; VASSEUR M., note sous

Cass. 18 juillet 1979, D., 1980, 172, et s.

(135) Sur le référé arbitral, lire notamm. HERDEGEN M., Einstweiligen Rechtschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichend Betrachtung, RiW/AWD, 1981, 304. Lors du 4° congrès international de l'arbitrage (Moscou, 3-6 oct. 1972), le référé arbitral fut proposé comme solution au problème délicat des garanties contractuelles (à ce sujet, l'exposé de MATRAY, L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles, Rev. Banque, 1974, 203).

(136) Articles 1025 à 1040 du code judiciaire belge; art. 807 et s. du nouveau code de procédure civile français.

(137) L'"interlocutory" ou "temporary" injunction est définie comme suit : *"Une injunction est un procès judiciaire par lequel une partie se voit empêchée de faire quelque chose ou, à l'inverse, de faire un acte ou une chose déterminées ... L'objet d'un interlocutory injunction est de sauvegarder une situation en statu quo jusqu'au moment où l'affaire pouurait être examinée ..."* (V° Injunction, in Halsbury's Laws of England, T. 21, 343, n°713 et 716).

(138) §§935 et s. du Zivil Prozess Ordnung (Z.P.O.).

(139) Article 700 du code de procédure civile.

(140) Si le président fait droit à la requête , le bénéficiaire, voire le banquier à qui défense a été faite de payer, peut former une demande, cette fois contradictoire . , tendant à la rétractation de l'ordonnance de président. (SIMONT L., op. cit., 488)

(141) Articles 1445 et s. du code judiciaire; articles 557 et s. du code de procédure civile français.

(142) §917 Z.P.O. allemand; §§ 271 et s. du Schuldbetreibungs - und Konkurgesetz.

(143) Article 687 du code de procédure civile. Il semblerait que la jurisprudence anglaise s'oriente vers la reconnaissance d'une procédure similaire.

(144) SIMONT L., Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981., 486.

(145) *"Dès réception d'une demande, le garant doit immédiatement la notifier au donneur d'ordre ou à la partie donnant des instructions, selon le cas, ainsi que toute documentation fournie à l'appui"*. Notons que les règles et usances de la C.C.I. relatives au crédit documentaire ne prescrivent en aucune manière l'avertissement du donneur d'ordre lorsque la banque confirmatrice émet un paiement sous réserve (A ce propos, SLONGO U., Die Zahlung unter Vorbehalt im Akkreditiv-Geschäft, Thèse, Zurich ,en particulier 216 et s.: *"C'est une tâche exclusive des Banques dans l'opération d'accréditif"* (p. 222 et les nombreuses références)).

Il est à noter que dans le crédit documentaire, l'avertissement n'est pas nécessaire, les parties ayant généralement précisé la date de remise des documents.

(146) C'est du moins le délai normal qui a été retenu par la C.C.I. lors de sa présentation des modèles-types de lettres de garantie : *"Le paiement sera effectué par le garant sans autre délai que celui qui peut être nécessaire pour permettre au garant de s'assurer que les conditions énoncées aux articles 8 et 9 des règles ou stipulées dans la garantie ont été respectées, et en toute hypothèse, au plus tard (...) jours ouvrables après réception d'une documentation complète".*

(147) Rappelons que si les règles uniformes de la C.C.I. proscrivent les garanties automatiques, elles n'empêchent toutefois pas que les parties qui concluent un tel contrat se réfèrent à certaines dispositions des règles uniformes.

(148) *"En Belgique, le comportement habituel du banquier est d'informer le donneur d'ordre de l'appel à la garantie et, tout en rappelant qu'il est tenu inconditionnellement, le banquier attend normalement quelques jours avant de payer".* (SIMONT L., op. cit, n°486) Même affirmation en Allemagne (METTENHEIM H., Die missbrauchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien. RiW/AWD, 1981, 585).

(149) A ce propos, lire l'intervention réaliste de MARTIN dans les discussions du colloque de Tours (op. cit., 171 et 172).

(150) En Allemagne, c'est en vertu du règlement général de l'ouverture de crédit (article 13) que les banques sont autorisées à payer sans avertir le client et à débiter d'office le compte de celui-ci (à ce propos, lire LIESECKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 28; PLEYER K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel, W.M., 1973, S.B., 12; METTENHEIM H., Die missbrauliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien, RiW/AWD, 1981, 581.) Il nous apparaît que la demande de garantie automatique devrait contenir une référence expresse à cet article pour exclure valablement le devoir d'information. Une référence générale au réglement général des opérations bancaires est insuffisante.

En Belgique, le réglement général des ouvertures de crédit contient en général une disposition autorisant la banque, qu'elle soit caution ou garantie, à s'exécuter à la première demande du bénéficiaire. Cette autorisation est cependant rappelée expressément dans la demande d'émission de la garantie ou contre-garantie (à ce propos, le modèle de demande d'émission repris en annexe).

(151) Il s'agit d'une clause conventionnelle modifiant les devoirs contractuels nés du contrat. Sur la validité de cette clause, on lira parmi d'autres : RENARD C., Lesmodifications conventionnelles de la responsabilité en droit belge, Rapports belges au congrès international de droit comparé de Téhéran, Bruxelles 1974, 92; (en droit français) STARCK B., Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité, D., 1974, Chron., 157 et s.

(152) SIMONT L., op. cit., 487; Comp. Schütze R.A., Zur Geltendmachung einer Bankgarantie "auf erstes Anfordern", RiW/AWD, 1981, 85; SCHINNERER E., Zum Problem der Aufstellung von Regeln für Garantien, die im internationalen Handel Verwendung finden, Bank-Archiv., 1978, 51 et s.

(153) Il est à noter que le droit belge contrairement aux autres droits admet la clause exonératoire de la faute lourde (Cass., 25 sept. 1959, Pas. 1959, I, 116, concl. Proc. Gén. P. Mahaux).

(154) C'est la qualification retenue par l'ensemble des doctrines. Ainsi, tous les auteurs germaniques se réfèrent au contrat de mandat (ainsi, not. SCHINNERER E., Bankverträge, T.II, 220; BÄR Th., Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Thèse, 16; ZAHN J., op. cit., 229).

En droit anglais, HARTLEY T.C., Le droit du cautionnement et de la garantie dans le Royaume-Uni et en Irlande, Travaux de la C.E.E., Série Concurrence, n°28, Bruxelles, 1976.

En droit français, VASSEUR M., art. cit. , in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 354 et les références reprises.

En droit belge, la réduction du mandat au seul mandat représentatif a entraîné l'incertitude doctrinale lors de la qualification du rapport donneur d'ordre - garant (à ce propos, VELU S., op. cit., 236 et 237).

(155) Cette fraude n'est pas la fraude manifeste connue du banquier qui justifie dans le cadre du contrat de garantie, le refus de paiement au bénéficiaire (cf. supra, n°331 et s.)

La fraude du bénéficiaire est ici suspectable . Elle ne met pas en cause directement l'exécution du contrat de garantie. Le devoir de paiement du banquier n'est pas remis en cause.

On citera comme exemple le cas d'une garantie appelée cinq ans après l'expiration d'un contrat de fournitures. La fraude du bénéficiaire, sans être évidente, est néanmoins suspectable.

(156) La qualification de mandat est adoptée à propos des rapports du garant et du contre-garant par le Landsgericht de Dortmund, le 9 juillet 1980 (W.M., 1981, 280). Elle est reprise par VON WESTPHALEN F., Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel ?, W.M., 1981, 303.

(157) Dans le crédit documentaire, la qualification du mandat est unanimement défendue dans les droits germaniques (sur ce point, les multiples références données par SLONGO U., op. cit., 29 et s).

(158) La banque contre-garante est, nous semble-t-il tenue, conformément à son mandat de répercuter auprès de la banque garante les "oppositions" préventives du donneur d'ordre.

(159) Il est évident qu'il restera au donneur d'ordre à démontrer qu'il aurait pu mettre à profit le court sursis de paiement pour obtenir du judiciaire une interdiction ou un blocage du paiement de la garantie.

(160) En principe, dès lors, le banquier ne doit tenir aucun compte ni de la lettre missive même recommandée ni de l'exploit dénommé "opposition" émanée du donneur d'ordre et lui enjoignant de ne pas payer.

(161) de LEVAL G., La saisie-arrêt, Thèse, Liège, 1976, 137, n°86; du même auteur, Saisie-arrêt et opposition, J.T., 1979, 669 et s. et les références jurisprudentielles reprises; STRONART A.M., Saisies-Arrêts en banques, Conf. Chambre de commerce de Bruxelles, 2 déc. 1980, 8 et s. En france, on note la même attitude, Cass. 19 déc. 1977. J.C.P., 1978, II, 19008, note LAFFOND; TENDLER R., note sous Colmar, 9 juillet 1970, D., 1971, 416.

(162) A ce propos, l'opinion de la cour d'appel de Bruxelles ans son arrêt du 18 nov. 1904, P.P. 1904, n°1318, 852; cf. aussi Cass. (f.) 19 déc. 1977, J.C.P., 1978, II, 19.008, note LAFOND, de LEVAL G., note sous Trib. civ. 28 fév. 1979, J.T., 1979, 670, col. 3, note 14.

(163) STRANART A.M., Conf. citée, 12 et sa référence à la note la note deSCORIELS sous Trib. comm. Brux., 28 sept. 1966, R.G.A.R., 1966, n°7748. Comp. de LEVAL G., La saisie-arrêt, Thèse, Liège, 1976, 137: *"En de telles circonstances (en cas d'opposition circonstanciée), malgré l'absence de formes légales, le tiers doit tenir compte de cette opposition afin de ne pas se rendre complice d'une fraude de son créancier au préjudice du créancier de celui-ci".*

(164) A noter que le banquier est considéré par la jurisprudence comme un spécialiste capable de faire la différence entre une "opposition circonstanciée" et une "opposition purement dilatoire"

(165) Sur le sens à donner à la notion de "créance en péril", de LEVAL G., op. cit., 26 et s.

(166) Le délai, en pratique, sera de 15 jours à trois semaines (cf. STRANART A.M., conf. citée, 3; à noter dans l'affaire déjà citée de Liège (Trib. civ. Liège, 28 fév. 1979, J.T., 1979, 676), la banque avait laissé quatre jours à l'opposant, ce que le juge des saisies a estimé "relativement court".

(167) Comp. STRANART A.M.(conf.cit. , 13)

(168) O.L.G. Francfort, 12 févr. 1974, W.M., 1974 956; KLEINER B., Die Zahlungspflicht der Banken bei unwiderruflichen Akkreditive und Bankgarantien, S.J.Z., 1976, 353; du même auteur, La garantie en droit suisse, in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 208 (référence à une décision du Trib. du district de Schaffhouse, 19 juin 1974).
Contra de façon très nette, SCHÜTZE, R.A., art.cit., RiW/AWD, 1981, 1438 et les références reprises.

(169) SIMONT L.,(op. cit., 495) ajoute : *"A notre sens, c'est le banquier qui doit émettre ce jugement, sous sa responsabilité. Si le donneur d'ordre estime que son banquier s'est trompé dans cette appréciation ("Y a-t-il fraude manifeste?), il mettra sa responsabilité en cause, et il pourra ainsi attraire devant ses juridictions nationales un débiteur éventuel, parfaitement solvable."*

(170) En particulier, des décisions anglaises (supra, n°123) qui exigent que la fraude soit établie ou évidente et connue par le banquier. *"La banque doit honorer la lettre de crédit ... A ce principe général, une seule exception: le cas que l'on appelle la fraude établie (established) ou évidente et connue par la banque"* (Avis de Lord DENNING in Elian and Another v. Matsas and Others (1966) 2 Lloyd's Rep., 495-497).

Dans les autres droits, les auteurs et la jurisprudence se contentent d'évoquer la nécessité d'une fraude manifeste. Ils n'ajoutent pas que cette fraude doit être connue du banquier.

(171) Cf. supra, n°331.

(172) On peut y trouver cependant une utilité. Le paiement par le garant entraînerait un débit immédiat du compte du donneur d'ordre, ce qui peut entraîner pour celui-ci des difficultés momentanées de trésorerie. La procédure en référé évite au donneur d'ordre ce risque.

(173) Cf. supra, n°332.

(174) En particulier, nous avons noté la conception extensive défendue par les décisions française et belge (supra, n°226 et 227), les décisions italiennes (supra, n°196) et une décision allemande (supra ,n° 168).

(175) Rapport THONISSEN, Travaux préparatoires de la loi du 25 mars 1876 (session du 13 mars 1873), cité par VEROUGSTRAETE I., Het Korte Geding, Recente Trends, in Storme, Procesrecht vandaag, Antwerpen, 1980, 261).

(176) ABBASTESCIANNI, note sous Pret. Reggio Emilia, 23 avril 1979, Foro Pad., 1980, I, 383. La vérification de l'imminence du danger et du caractère irréparable du dommage est faite dans tous les jugements italiens. Dans la jurisprudence des autres pays, elle est plus discrète.

(77) Cass. 10 nov. 1047, JCP 1948, II, 4166, notePLAISANT R.; comp. : *"L'appréciation du principal lui étant interdite, le juge des référés ne pourrait envisager les droits et titres d'une partie qu'à la condition qu'il y ait évidence"*(ROUARD P., op. cit., 783, n°926; Trib. comm. Brux. (Réf.), 6 juin 1973, J.T., 1973, 498). Comp. avec la formule utilisée pour l'octroi d'une saisie - arrêt: *"il suffit que justifiée sommairement et promptement, la créance paraisse réelle"*. (de LEVAL G., La saisie-arrêt, Thèse, Liège, 1976, n°26 in fine; Trib. civ. Brux. (Saisies), 20 nov. 1975, J.T., 1976, 283).

(178) Cass. 10 nov. 1947, J.C.P. 1948, II, 4166, note PLAISANT ; D. 1947, 529, note LEREBOURS-PIGEONNIERE; S., 1948, 1, 157, note RAYNAUD; R. T. D. Civ., 1948, 98, obs. VIZIOZ. Sur cette notion, lire CEZAR-BRU, HEBRAUD, SEIGNOLLE et ODOUL, Juridiction du président du tribunal, T. I, Des référés, 5°éd., Paris, 1978, 48 et s. En droit belge, lire ROUARD P., Traité élémentaire de droit judiciaire privé, T.II, Bruxelles, 1975, n°914 et s. (nombreuses références); VEROUGSTRAETE I., Het korte Geding, Recente Trends, T.P.R., 1980, 267 et s.

La notion de droit "nonsérieusement contestable " a été reprise par le commissaire royal VAN REEPINGHEN lors de son rapport sur la réforme judiciaire (p. 395). Elle n'a cependant pas été inscrite dans le code judiciaire lui-même qui reprend la vieille formule : "non préjudice au principal" (art. 1039, al.1, C.J.).

Elle est néanmoins reprise par l'ensemble de la doctrine actuelle (FETTWEIS A., Précis de droit judiciaire, T.II, n°472 et jur. cit.).

(179) Le juge autrement sort de sa compétence. L'urgence et le caractère provisoire sont, en effet, en droit belge conditions de la compétence et non de la recevabilité de la demande. Sur ce point et ses conséquences, HANOTIAU B., note sous Mons 19 JUIN 1980, R.R.D., 1980, 373 et s. et les références citées.

(180) Cass. 10 nov. 1947, eod. loco: *"La notion de contestation sérieuse est donc une construction jurisprudentielle. Elle a donné lieu à de nombreux commentaires et à une abondante jurisprudence et est apparue comme la règle supérieure de compétence du juge des référés alors qu'elle n'est qu'une conséquence déduite de l'interdiction de faire préjudice au principal".* (CEZAR-BRU, SEIGNOLLE, HEBRAUD et ODOUL, op. cit., 50, n°24). La formule a été reprise par le législateur français de 1971 : *"Dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend".*

(181) Cf. supra, n°307 et s. notre analyse de la cause-fonction de la garantie automatique. La thèse française de la nature causale insistait sur l'appartenance de la garantie à un groupe de contrats (Supra, n°283 et s.)

(182) L'analyse économique de la garantie automatique confirme ce point de vue.

(183) Comme le sous-entend un attendu de la décision du tribunal de commerce de Bruxelles en date du 21 nov. 1979 (J.C.B., 1980, I, 141 et s.): *"La garantie bancaire litigieuse tient à la fois du cautionnement et du mandat".*

(184) V. supra, n°68.

(185) Nous avons déjà noté la signification de ce principe lors de l'étude de son application au contrat de garantie (cf. supra, n°321).

(186) Sur l'argumentation de PORTALE, cf. supra, n°199.

(187) L'analyse de la clause de garantie comme "pactum de non petendo" est souvent reprise en droit allemand : Ainsi, PLEYER K., op. cit., 25; ZAHN J., op. cit., 164 et s; METTENHEIM H., art. cité,RiW/AWD, 1981, 581 in fine et 582; VON WESTPHALEN F., Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, Heidelberg, 2°éd., 1978, 193.

(188) ERMAN W., Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank, Festschrift für Rittershausen, Stuttgart, 1968, 268.

(189) La thèse d'ERMAN est abondamment reprise par notamm. BORGGREFE S., Akkreditiv und Grundverhältnis, Thèse, Berlin, 1971, 83; EISEMANN-EBERTH, Das Dokumenten-Akkreditiv im internationalen Handelsverkehr, Heidelberg, 2°éd., 1979, 172; ADEN M., Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigte durch den Auftraggeber,RiW/ AWD, 1976, 679; récemment STÖTTER V., Zur Abfassung der Akkreditivklausel im Kaufvertrag, RiW/AWD, 1981, 87.

(190) A cet égard, PLEYER K., Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, République fédérale d'Allemagne, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 193.

(191) Cf. supra, n°350.

(192) WESSELY (op. cit., 203 et s) fait remarquer que le détour par l'explication de "pactum de non petendo" pour suggestive qu'elle soit, n'en est pas moins inutile et qu'il suffit de tirer les conséquences des limites de l'octroi de mesures provisoires pour comprendre les possibilités exactes du donneur d'ordre d'empêcher le paiement.

(193) GAUTSCHI G., Berner Komm., art. 407, Anm. 20 a; comp. KLEINER B., op.cit. 157: *"Avec la mise sur pied d'un accréditif ou d'une garantie, les parties (au contrat de base) conviennent que le bénéficiaire pourra obtenir une prestation déterminée sous certaines conditions sans préjudice des modifications ou litiges qui viendraient à naître à propos du contrat de base et indépendamment de ces difficultés. C'est cela qui constitue la cause, le but (Zweck) d'une telle convention. Dès lors, ce comportement (le fait pour le donneur d'ordre de demander une interdiciton de paiement) serait contraire à ce but (Zweckswidig) et à considérer comme un abus manifeste.*

(194) Cf. supra, n°161, l'analyse des conclusions de la doctrine allemande et supra, n°198, les réflexions parallèles de la doctrine italienne.

(195) VASSEUR M., Rapport cité, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981, 349.

(196) La stricte neutralité du banquier est la pièce centrale de la structure mise en place par les parties et le donneur d'ordre ne peut dès lors réclamer de lui la vérification du bien fondé de ses affirmations. Il déplacerait l'équilibre contractuel (en ce sens, METTENHEIM H., art. cité, RiW/AWD, 1981, 582 en réponse aux arguments de SCHÜTZE (Zur Geltendmachung einer Bankgarantie "auf erstes Anfordern", RiW/ AWD, 83) qui cherchait à élargir le devoir d'inspection du banquier garant en cas d'opposition du donneur d'ordre. Comp. les attendus contradictoires du tribunal de commerce de Bruxelles (11 mars 1981, J.C.B., 1981, I, 366) qui, après avoir noté que: *"(La délivrance d'une garantie à première demande) a pour conséquence que l'institut de crédit qui donne la garantie doit l'honorer sans se pencher en aucune façon sur le déroulement de la relation de base entre (les parties)"*, ajoute cependant que *"le garant devra effectuer un examen sommaire à ce sujet"*.

(197) *"Des exceptions (à l'abstraction du crédit documentaire) ne peuvent être permises que lorsqu'il s'agit de cas absolument patent (absolut offensichtliche Falle)"* (STAUDER B., Das Dokumenten-akkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, in Li ber Amicorum A.F. Schnitze, Genève, 1979, 449).

(198) A ce propos, notamm. le raisonnement de WESSELY W., op. cit., 64, note 318. Nous avons noté ce raisonnement analogique dans tous les droits.

(199) PILGER G., Einstweiliger Rechtsschutz des Kaufers und Akkreditivstellers wegen Gewährleistung durch Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigten , 588. L'auteur critique à ce propos deux décisions de Francfort jugées trop laxistes.

(200) PILGER note à ce propos la différence qui existe entre la garantie bancaire et l'accréditif.

(201) Cf. supra, n°68.

(202) A ce propos, la décision du président du tribunal de commerce de Bruxelles, du 15 janvier 1980 qui déduit l'existence d'un fraude non sérieusement contestable d'une série de faits et présomptions tirés de l'examen de la convention de base (sur ce jugement, cf. supra, n°226).

(203) L.G. Francfort, 14 déc. 1979, N.J.W., 1891, 56, note HEIN Th. (étudié supra, n°168)

(204) Comp. cette décision et celle du tribunal de commerce de Bru elles en date du 21 novembre 1979 (J.C.B., 1980, I, 140) où la garantie avait été émise à propos de la bonne exécution d'une fourniture de marchandises. L'exportateur ne prenait aucune responsabilité pour le transport maritime. L'appel à la garantie, nonobstant une reconnaissance expresse que les dégats étaient dus au transport maritime, excédait donc l'équilibre contractuel mis en place par le contrat.

(205) Sur ces "affaires iraniennes", cf. les décisions anglo-saxonnes, supra, n°127 et s.; les décisions allemandes, supra, n°167, les décisions italiennes, et les décisions françaises, supra, n°228 (l'affaire DELBARD) et n°236 (deux décisions du tribunal de commerce de Paris).
On rapprochera des "affaires iraniennes", les "affaires lybiennes" (1969) suscitées par la nationalisation des banques décidée par le régime du colonel Khadafi.

(206) A ce propos, en droit anglo-saxon , les décisions américaines citées supra, n°128; en France, les décisions à propos de l'affaire DELBARD étudiée supra, n°228 et la décision française citée note 207; en italie, PRET. Emilia, 26 janvier 1979, For. Pad., 1979, I, 244. Toutes ces décisions rejettent la demande préventive du donneur d'ordre.

(207) Paris, 29 janvier 1981, D., 1981, J., 337, obs. VASSEUR M.

(208) Comme l'on décidé certains juges américains, cf. supra, n°129.

(209) L'idée a été suggérée par M. HUBERT au colloque de TOURS. Le montant de la garantie appelée et contestée serait bloquée sur un compte ouvert au nom d du bénéficiaire dans une banque tierce. Ce compte pourrait être débloqué suivant les conditions mises par le juge de la mesure provisoire. Dans l'affaire jugée par le Landsgericht de Francfort, le 29 nov. 1979 (D.P.C.I., 1980, 262, note

DÖHM J.), la nomination d'un séquestre fut demandée par l'exportateur.

(210) Cf. à ce propos, nos remarques sur la mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie, bénéficiaire qui ferait un appel à l'entièreté de la garantie alors que les travaux sont achevés.

(211) *"Il n'est pas suffisant d'alléguer la fraude; elle doit être établie et je dirais même clairement établie"* (Elian v. Matsas, (1966) 2 Lloyd's Rep., 495.

(212) Nous critiquons à ce propos des deux décisions italiennes du tribunal de Milan (26 janvier 1979) et du préteur de Reggio Emilia (10 oct. 1978) Foro. Pad. 1979, I,244, note RUBINO - SAN MARTINO) qui se contentent de noter l'impossibilité de recours du donneur d'ordre pour justifier l'interdiction de paiement. Contra : l'attendu de la cour d'appel de Riom (D. 1981, J., 336) suivant lequel *"On ne peut considérer qu'il y aurait violation de l'ordre public français au cas où le donneur d'ordre n'arriverait pas à faire exécuter en Iran une décision judiciaire dont elle serait bénéficiaire; que même le fait qu'elle soit privée de recours efficace contre son co-contractant iranien dans le cadre de leurs relations commerciales ne saurait vicier l'autre contrat de caution"*.(Les trois décisions citées ont rapport avec des "affaires iraniennes").

(213) Outre la décision néerlandaise, cf. la décision du Landsgericht de Francfort du 29 nov. 1979 (D.P.C.I., 1979, 262,note DÖHM J.)(certificat sanitaire donné pour la livraison de bétail soi-disant contaminé); les décisions françaises à propos de l'affaire DELBARD (étudiée supra, n°228) (certificat agricole de l'OBerlandsgericht de Saarbrucken, du 23 janvier 1981 (W.M., 1981, 275, étudié supra, n°166) (certificat de qualité donné pour la livraison de verres).

(214) Amsterdam; 30 mars 1972, N.J.B., 1973, n°188.

(215) Comp. l'attendu de l'Oberlandsgericht de Saarbrucken, attendu cité supra, n°166. Toutes les décisions reprises note 213 refusent de tenir compte du certificat.

(217) Ce qui représente plus de 50% des cas.

(218) Pour reprendre l'expression déjà utilisée.

(219) Trib. Gde. Inst. Montluçon, 9 janvier 1981, D., 1981, J,390, note VASSEUR M. reprise supra, n° 229

(220) L.G. Francfort, 11 déc. 1979, W.M., 1981, 284, 286; L.G., DORTMUND, 9 juillet 1980, W.M., 1981, 280, 282. Les deux décisions ont été étudiées supra, n°167 et s. Cf. également, mais de façon moins tranchée O.L.G. Saarbrucken 23 janvier 1981, W.M., 1981, 275.

(221) En droit allemand, VON WESPHALEN F., Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Aussenhandel, W.M., 1981, 301; ADEN M., Der Arrest in den Auszahlungsanpruch des Garantiebegünstigten durch den Garantie-Auftraggeber, RiW/AWD, 1981, 441; VON METTENHEIM H., art. cit., RiW/AWD, 1981, 584; DÖHM J., Contregarantie et injonction de na pas payer, D.P.C.I., 1980, 265.

En droit français, VASSEUR M., note sous trib. Gde. inst. Montluçon, 9 janv. 1981, D., 1981, J., 390.

(222) Ni les décisions italiennes ni les décisions anglo-saxonnes ne font allusion à cette distinction. En droit français et allemand, hormis les décisions citées, les juges n'évoquent pas la particularité de l'appel à la contre-garantie. Or, dans la plupart des cas soumis à la jurisprudence, il s'agissait de procédures dirigées contre des contre-garants.

(223) C'est le raisonnement développé par le Landsgericht de Francfort dans sa décision du 11 décembre 1979 (W.M., 1981, 284) et par le Landsgericht de Dortmund, dans sa décision du 9 juillet 1980 (W.M., 1981, 280). Il est rejeté par von METTENHEIM et DÖHM.

(224) von WESTPHALEN F., art. cit. W.M., 1981, 301.

(225) Comp. à propos de crédit documentaire, l'attendu du tribunal de Bologne, décision du 15 mai 1981 (B. B. e Tit. di C., 1981, 170 et s., note VALIGNANI.M.): *"Un provedimento d'urgenza qui ordonne à la banque émettrice d'un crédit documentaire irrévocable de na pas payer peut être utilement octroyé (concesso) avant tout paiement en faveur du bénéficiaire mais ne peut avoir d'efficacité s'il est octryé (concesso) après que le bénéficiaire ait eu recours au crédit de la banque confirmatrice".*

(226) Un appel à la contre-garantie intervient parfois aux dires des praticiens (cf. l'intervention de MARTIN M. au colloque de Tours, op. cit. sans qu'il y ait eu demande de paiement de la garantie par le bénéficiaire. Le donneur d'ordre peut donc être fondé à produire la preuve de la non-réclamation de son bénéficiaire.

(227) Comme le note le Trib. de Gde. Inst. de Montluçon (décision citée supra, note 219) et le tribunal de Bologne le 15 mai 1981 (B. B. e Tit di C., 1981, II, 170, note VALIGNANI M.)

(228) Texte imposé par la banque centrale de Lybie suite à sa circulaire n°180 du 25 juillet 1977.

(229) Dans la doctrine SIMONT L., op. cit., 490 et les nombreuses références; DÖHM J., op. cit., 271; POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 433, note 199; KLEINER B., Bankgarantie, Zurich, 3°éd., 1979, 157, note 579 in fine; von METTENHEIM H., op. cit., 585; VELU S., op. cit., 244.

Dans la jurisprudence: *"Attendu qu'il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 584 du code judiciaire, le président du tribunal de commerce siégeant en référé statue provisoirement dans tous les cas où il reconnaît l'urgence ...; Attendu que cette disposition est d'ordre public* (R.C.J.B., 1973, n°53)." (Trib. comm. Brux. (réf) 23 oct. 1980, décision inédite relative à une garantie automatique).

(230) SIMONT L., op. cit., eod. loco.

(231) *"La banque devrait assigner au fond en remboursement du montant décaissé par elle, le succès de cette action supposant la démonstration par la banque de ce que l'appel à la garantie était justifié, contrairement à ce qu'avait jugé le président en référé par une décision ne préjugeant pas du fond"* (SIMONT L., op. cit., 491).

(232) Trib. Gde. Inst. Seine, 13 mai 1980, D. 1980, J., 490, note GAVALDA C. et STOUFFLET J.; R.T.D.Comm. 1981, 124, obs. CABRILLAC M. et RIVES LANGE J.L.; J.C.P. 1981, éd.C.I., 10109, obs. MOULY C.; Banque 1981, 778, obs. MARTIN L.ML; J.C.P. 1981, éd.C.I., II, 13.552, note VASSEUR M.; D.P.C.I. 1981, obs. DUBISSON M.. Il faudrait citer en outre, quatre décisions allemandes : L.G. Dusseldorf, 1 mars 1966 (citée par ZAHN J., op. cit., note 126 qui admet la saisie arrêt); L.G. München, 24 mai 1971 (RiW/AWD, 1972, 196) et L.G. Francfort, 24 juin 1980, (2 décisions) (citées par von WESTPHALEN F., art. cit., W.M., 1981, 304) qui refusent la saisie-arrêt, au nom de l'indépendance de la garantie automatique.

(233) Notamment: *"Cette ordonnanee a reçu l'approbation de ceux qui, pareillement, dans la matière du crédit documentaire, admettent que le donneur d'ordre (l'acheteur), qui serait aussi créancier du bénéficiaire (le vendeur), à raison, par exemple, des défauts de la marchandises, puisse valablement effectuer une saisie-arrêt sur le montant du crédit documentaire sur ses instructions".* (VASSEUR M., note sous Trib. Gde. Inst., Paris, 13 mai 1980, J.C.P., 1981, éd. C.I., II, 13352).

(234) Conclusions sous Paris, 16 juin 1950, G.P. 1950, 2, 124. La réflexion de CUNEO est reprise in Trib. comm. Paris, 5 février 1971, G.P., 1971, 2, 378.

(235) Trib. civ. Seine, 8 juin 1949, Banque et Bourse, 1949, 265; (en appel) Paris, (Ch. des référés), 22 oct. 1949, Banque et Bourse, 1950, 124; Trib. civ. Seine, 7 mars 1949, Banque et Banque 1949, 268 et s., note de CARBONNIERES R.; Trib. Comm. Paris, 5 févr. 1971, G.P., 1971, 378; Prés. Trib. Comm. Paris, (référés), 29 octobre 1976, inédit.

Les décisions (Paris, 31 mai 1938, G.P., 1938, 2, 124; Cass., 6 févr. 1967, J.C.P., 1968, II, 15364, note STOUFFLET J.) concernent des saisies-arrêts non pratiquées par le donneur d'ordre lui-même. Nous ne pourrons malheureusement évoquer ces questions dans le cadre de cette thèse.

(236) En faveur de cette interprétation, de LEVAL G., La saisie-arrêt, Thèse, Liège, 1976, n°28 et 83; BEYER J., L'irrévocabilité de l'engagement du banquier dans les crédits documentaires irrévocables, Thèse, Paris, 1953, 108 et s.; STOUFFLET J., note sous Cass. comm., 6 fév. 1967, J.C.P., 1968, II, 15364; GAVALDA C. et STOUFFLET J., Droit bancaire, Paris, 1976, 736; de CARBONNIERES R., L'autonomie de l'ouverture de crédit irrévocable, Banque, 1949, 263 et 264; VAN MAELE A., Drroit bancaire, Novelles, n°294, in fine.

Contra, EPSCHTEIN S., Les crédits documentaires et la saisie-arrêt, Banque, 1979, 739. La doctrine italienne avait d'abord adopté la même position (MOLLE G., I contratti bancari, 3° éd., Milano, 1978, 608 et s.; MICHELI G.A., Misure cautelari ed esecutive aventi per ogetto crediti documentari, B.B. e Tit. di C., 1960, I, 161 et s) Il semble qu'elle l'abandonne aujourd'hui (BALOSSINI C.E., Il credito documentario nelle teorie prevalenti, Le operazione bancarie, T.II, 992).

(237) VAN DER GUCHT R., La saisie-arrêt en matière de crédit irrévocable, Rev. Banque, 1952, 185 et s.; VAN RIJN J. et HEENEN J., Principes de droit commercial, T.III, 399: *"L'on doit prendre garde que la saisie ne fasse échec à l' irrévocabilité du crédit"* ; FREDERICQ L., Traité de droit commercial belge, T. IX, 333; *"L'économie du crédit documentaire serait détruite ..."*;del MARMOL Ch., Saisie-arrêt sur la créance du bénéficiaire d'un crédit irrévocable, Rev. Banque 1951, 489 et s.

(238) ESCARRA J., Cours de droit commercial, 2°éd., Paris, 1952, 994; dans le même sens, EISEMANN F., BONTOUX C., Sécurités et Précarités du crédit documentaire, Paris, 1964, 125 et s.

(239) Dans la doctrine ZAHN J., Zahlung und Zahlungsicherungen im Aussenhandel, Berlin, 1975, 163 et s.; F. (Graf von) WESTPHALEN, Rechtsfragen der Exportfinanzierung , Heidelberg, 2°éd., 1978, 149 et s.; BORGGREFE W., op. cit., 78 et s.; SCHÖNLE H., Bank - und Borsenrecht, München, 2°éd., 1977, 124, KÜBLER F., Feststellung und Garantie, Thèse, 1967, 195; ADEN M. op. cit., RiW/AWD, 1976, 278 et s.; EISEMANN-EBERTH, Das Dokumenten - Akkreditiv im internationalen Handelverkehr, Heidelberg, 2°éd., 1979, 170 et s.

Dans la jurisprudence récente, O.L.G., Dusseldorf, 13 février 1978, W.M., 197 1978, 359 et 360; O.L.G.. HAMBURG, 10 nov.1977, W.M., 1978, 338 et s.; L.G., Dusseldorf,17 déc. 1974, W.M., 1975, 67 et s.

(240) Supra, n°355, notre analyse de la clause d'accréditif.

(241) Ces trois conditions sont décrites et commentée par de LEVAL (op. cit., n°23 et s.).

(242) *"Dans ces cas d'exceptions extrêmes"* ajoute l'Oberlandsgericht de Hambourg dans son arrêt du 10 novembre 1977 (W.M., 1978, 338)

(243) Ainsi, en Suisse, notamment KLEINER B., Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderruffliche Akkreditiven, S.J.Z., 1976, 353; GAUTSCHI B., Komm. zu art. 407 O.R., Anm. 20 A, Berner Kommentar, 2°éd., 1963.

En Autriche, notamment SCHINNERER et AVANCINI, Bankverträge, Wien, 3°éd. 1978, T.III, 21.

En Angleterre et aux Etats-Unis, la procédure de saisie-arrêt n'est pas reconnue mais la jurisprudence a développé les mêmes restrictions à propos de l'octroi de référé (A ce propos, supra, n° 124) , la position italienne a évolué dans le même sens (supra, n°375, note 235).

(244) Sur l'isolement de la doctrine française, les remarques d'EISEMANN et BONTOUX in "Sécurités et Précarités du crédit documentaire, Paris, 1978, 125 et s.)

(245) Supra, n°67 notre analyse de la complémentarité des moyens de paiement, d'une part et des garanties d'autre part.

(246) POULLET Y., art. cit., D.P.C.I., 1979, 302; PLEYER K., art. cit., W.M., 1973, S.B., 2; von METTENHEIM H., art. cit., RiW:AWD, 1981, 587 et 588; von WESTPHALEN F., Rechtsproblem der Exportfinanzierung, 2°éd., 193.

(247) ADEN M., Der Arrest in der Auszahlungsanspruch des Garantiebegünstigten durch den Garantie- Auftraggeber, 441 in fine et 442; MAZZONI A., op. cit., 303: *"En ce qui concerne en particulier la prétendue impossibilité logique de la saisie arrêt en raison du défaut d'une créance actionnable, l'argument est subtil mais non décisif".*

(248) Ainsi VINCENT et PREVAULT (Les voies d'exécution, Paris, 1974, 50) estiment que le juge des saisies *"peut tenir compte simplement de condamnation susceptibles d'être prononcées contre le débiteur".*

Cf. aussi STRANART (Saisies-arrêtsen banque, Conf. citée, 37 et les références citées note 85) : *"Il en va de même de la créance éventuelle: on admet généralement qu'elle puisse être saisie, à condition toutefois qu'elle existe, au moins"en germe" ou "dans son principe" au moment de la saisie, ou qu'elle ait une "vocation à l'existence résultant d'un contrat ou d'un fait antérieur à la saisie".*

(249) Cf. à ce propos, supra, n°356 et s.

(250) VASSEUR M., note sous Trib. Gde. Inst. Paris, 13 mai 1980, J.C.P., 1981, éd. C.I., 333: *"Admettre la saisie arrêt correspond à mettre entre les mains du donneur d'ordre, avec la complicité du juge, un stratagème destiné à contourer les engagements qu'il a pris".* Comp. TANDEAU de MARSAC X., Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de marchandises, D.P.C.I., 1980., n°17.

(251) CABRILLAC M. et RIVES-LANGES J.L., obs. sous Trib. Gde. Inst. Paris, 13 mai 1980, R.T.D. comm. 1981, 124.

(252) VASSEUR M., note citée, J.C.P., 1981, éd.C.I., 333.

(253) Supra, n°369; Comp. GAVALDA C. et STOUFFLET J., art. cit., R.T.D. Comm. 1980, 16; SIMONT L., Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire automatique, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981, 490 : *"L'engagement du donneur d'ordre de ne pas pratiquer saisie-arrêt sur la créance dont le bénéficiaire est titulaire à l'encontre du banquier émetteur de la garantie nous paraît valable . Rien ne s'oppose en effet à ce que le donneur d'ordre qui pourrait renoncer à sa créance envers le bénéficiaire se prive valablement du droit de pratiquer une saisie pour sûreté de sa créance, sur un des éléments du patrimoine de son débiteur."*

(254) MOULY C., Sûretés et garanties de paiement, Chronique J.C.P., 1981, éd.C.I., I, 10109, n°21.

(255) Ce qui sous-entend qu'une clause claire pourrait interdire valablement la saisie-arrêt de la créance née de la garantie automatique (en faveur, SIMONT L., op. cit., 490; CABRILLAC et RIVES-LANGE, obs. citée, R.T.D. comm. 1980, 124; Contra GAVALDA C. et STOUFFLET J., art. cité, R.T.D. comm. 1980, 16.)

(256) CABRILLAC M. et RIVES LANGE J.L., obs. citée, R.T.D. comm., 1981, 124. Comp. MOULY C., art. cit., eod. loco: " ...*Nous sommes en revanche, ajoute l'auteur, plus réservés (à admettre la saisie-arrêt) lorsque la créance invoquée et la dette garantie sont toutes deux nées du même rapport contractuel*".

(257) Cf. supra, n°233, l'étude de la jurisprudence française à propos de l'opposabilité de l'exécution de compensation.

NOTES DE LA CONCLUSION GÉNÉRALE.

(1) On comparera de telles conclusions et l'étude proposée par l'histoire du droit d'une institution byzantine en tous points comparable: la " καθαρα (pure) ἀντιφωνησις ("caution") ": "L' Αντιφωνησις (bancaire) était une forme de financement ... notamment pour des achats à tempérament. Pour que cette garantie bancaire soit acceptable par le créancier, il était préférable que son engagement soit définitif et abstrait. Le créancier accepte en effet plus facilement la garantie, s'il est sûr, d'une part, d'obtenir le paiement de sa créance sans devoir au préalable démontrer le bien-fondé de sa réclamation, s'il est sûr, d'autre part, que le débiteur ne pourra opposer aucune exception fondée sur la relation de base. En d'autres termes, il était nécessaire que la garantie donnée par αντιφωνησις soit καθαρα ". (Traduction libre du rapport non encore publié de M. A. DIAZ-BAUTISTA, Les garanties bancaires dans la législation de Justinien, XXXV° congrès de la S.I.D.A., Madrid, 23-26 sept. 1981)

(2) A propos de cet accroissment de responsabilité du juge des référés et du juge des saisies, on notera la réflexion du juge des saisies du tribunal civil de Liège: *Une des caractéristiques regrettables de notre époque est - dans divers secteurs de devoir prendre de plus en plus rapidement des décisions particulièrement lourdes, dans des matières dont la complexité ne fait que croître, afin, notamment, de départager des intérêts parfois aussi légitimes que rigoureusement contradictoires.*" (Trib. civ. Liège, 28 févr. 1979, J.T., 1979, 676).

ANNEXES

ANNEXES

1. DOCUMENTS BANCAIRES :

   A. Garantie de soumission

   B. Garantie de restitution d'acomptes

   C. Garantie de bonne exécution

   D. Garantie de retenue

   E. Contre-garantie

   F. Deamnde d'émission d'une garantie

2. PERFORMANCE BOND

3. EXTRAIT D'UN CONTRAT "PRODUIT EN MAIN"

4. ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE PUBLIEE POSTERIEUREMENT A LA REDACTION DE LA THESE :

   A. Paris, 27 oct. 1981, J.C.P., 1981, II, 19702, obs. P. BOULOY

   B. Trib. comm. Brux. (réf.), 23 déc. 1980, Rev. Banque, 1981, 627

   C. Brux., 18 déc. 1981 (à paraître dans la revue de la Banque)
      Le commentaire de cet arrêt sera remis ultérieurement.

Téhéran, le

NNEXE 1 a. GARANTIE DE SOUMISSION

ettre de Garantie N° .....

Etant donné que
ésire prendre part à l'Adjudication relative à
a Banque Etébarate Iran s'engage à payer à la
ne somme maximum de :

u cas où cette dernière aviserait la Banque Etébarate Iran, que l'offre
e l'adjudicataire a été acceptée, mais que celui-ci s'est abstenu de
igner le contrat prévu à cet effet ou de fournir la lettre de garantie
e bonne exécution dans le délai prescrit.

La Banque Etébarate Iran vous effectuera le paiement du montant
récité de
ès réception d'une demande de votre part, et sans qu'il soit nécessaire
e produire une justification.

La présente lettre de Garantie sera valable jusqu'à la dernière
eure de la journée administrative du
t sera prorogée pour la période demandée par

Dans le cas où la Banque ne voudrait ou ne pourrait pas proroger la
ettre de garantie ou le débiteur principal ne ferait pas le nécessaire
our sa prorogation avant son expiration, la Banque est tenue de payer
adite somme à
ans une nouvelle demande.

BANQUE ETEBARATE IRAN

Teheran, le

ANNEXE 1 b. GARANTIE DE RESTITUTION D'ACOMPTE

Lettre de Garantie n° .....

Selon les termes du contrat
conclu entre
et
le montant de
doit être versé
à titre d'acompte.

La Banque Etébarate Iran s'engage à payer immédiatement à l'ordre de

toute somme jusqu'à concurrence de :

ès réception de la première demande écrite, sans que son exactitude ou son inexactitude soient justifiées, sans qu'il y ait besoin de sommation ou de démarches officielles, administratives, judiciaires ou ni de preuve quelconque.

Cette garantie est valable jusqu'à la dernière heure administrative
u
t pourra être prorogée sur la demande de

Dans le cas où la Banque ne pourrait ou ne voudrait pas prolonger la urée de cette garantie, ou si le garanti ne fait pas les démarches nécesaires pour sa prorogation, la Banque s'engage à en payer le montant à 'ordre de.
ans attendre de nouvelles réclamations.

BANQUE ETEBARATE IRAN

Téhéran, le

NNEXE 1 c. GARANTIE DE BONNE EXECUTION

ettre de Garantie N° .....

Suite au contrat N° du

elatif

onclu entre

t

t sur la demande

a Banque Etébarate Iran garantit, par la présente, la bonne exécution des
ngagements que
ssumé dans le cadre dudit contrat, envers

ns le cas où, sur l'appréciation
e garanti contreviendrait à l'exécution de chacun de ses engagements
écoulant dudit contrat, la Banque Etébarate Iran s'engage à payer
médiatement à l'ordre

oute somme jusqu'à concurrence de :

r sa première demande écrite sans que son exactitude ou son inexactitude
oient justifiées, sans qu'il y ait besoin de sommation ou démarches offi-
ielles, administratives, judiciaires ou autres, ni de preuve quelconque.

La présente lettre de Garantie sera valable jusqu'à la dernière heure
la journée administrative du
sera prorogée pour la période demandée par
ns le cas où la Banque ne voudrait ou ne pourrait pas proroger la Lettre
Garantie ou le débiteur principal ne ferait pas le nécessaire pour sa
orogation avant son expiration, la Banque est tenue de payer ladite somme

ns une nouvelle demande.

BANQUE ETEBARATE IRAN

Téhéran, le

ANNEXE 1 d. GARANTIE DE RETENUE

Lettre de Garantie N°

Etant donné que, selon les termes du contrat
conclu entre
et
il a été convenu que le montant de
soit payé à
à titre de restitution des Retenues de Garantie, contre la remise d'une
caution bancaire, à la demande de
cette Banque s'engage à payer immédiatement à l'ordre
tout montant jusqu'à concurrence de :

qui serait réclamé par

dès réception de la première demande écrite, sans que son exactitude ou son inexactitude soient justifiées, ou ni qu'il y ait besoin de preuve quelconque.

Cette lettre de Garantie demeurera valable jusqu'à la dernière heure administrative du
sera prorogeable pour la période demandée par

au cas où la Banque ne pourrait ou ne voudrait pas prolonger la durée de cette Garantie ou le débiteur principal ne ferait pas le nécessaire auprès de la Banque pour sa prorogation avant l'expiration de la période susmentionnée et n'obtiendrait pas le consentement de la Banque à la prorogation, dans ce cas, la Banque s'engage à payer le montant précité à l'ordre

sans attendre de nouvelles réclamations.

BANQUE ETEBARATE IRAN

ANNEXE 1.e. Contre-garantie

DEMANDE DE CAUTION BANCAIRE

Formulaire

Under our counterguarantee n° ---------- and on our responsability, please issue your guarantee in favour of ----------
---
upto an amount of ----------
in the name of ----------
covering ----------
expiration date uptil ----------
under the following terms and conditions.

- This guarantee is completely unconditional and we agree to pay you its amount on your first demand notwithstanding any contestation dispute, precautionary garnishee order or attachment order or injunction by account party or any other party.

- We confirm having attained our exchange control approval for remittance amount of guarantee to you in case of payment.

- Our counterguarantee remains valid for 15 days after expiry date for your claim if any.

- We agree to pay you all your commission and charge due on this guarantee upon receipt of your claim.

ANNEXE 1. f. Demande d'émission d'une garantie

No de compte

Banque

SECRETARIAT

Lieu d'émission et références

Date

M

Comme suite à votre demande, nous vous informons que nous sommes disposés à fournir en faveur de

une garantie libellée suivant texte ci-joint.

Nous vous confirmons que cette opération sera traitée sous votre entière responsabilité, laquelle subsistera aussi longtemps que la Banque ne sera pas effectivement libérée de son engagement par la restitution de toutes les pièces le concernant.

Il vous appartiendra de faire en temps opportun toutes démarches nécessaires pour provoquer cette restitution.

Il est bien entendu que vous nous autorisez irrévocablement à exécuter notre engagement de garantie, dans les conditions prévues, à première demande du bénéficiaire et que vous renoncez à vous prévaloir de l'article 2031 du Code Civil, votre compte en nos livres pouvant être débité d'office de tous montants, en principal, intérêts ou frais quelconques que nous serions amenés à décaisser du chef de notre engagement. Si, à la suite de pareil débit, votre compte en nos livres devenait débiteur, un intérêt au taux de..... % par mois, vous serait décompté jusqu'à ce qu'il redevienne créditeur.

Veuillez nous marquer votre accord sur ce qui précède en nous renvoyant dûment signés sous la mention manuscrite « Lu et approuvé » :

— le duplicata de la présente lettre :

— le texte de la garantie y annexé.

Dès réception de ces documents, nous nous empresserons de constituer la garantie requise en faveur du bénéficiaire. Dans un but de simplification, nous ne vous signalerons pas l'exécution de cette formalité autrement que par l'envoi de l'avis comptable vous débitant de notre commission d'intervention fixée à ..... % par
et du montant de nos frais divers.

Vos dévoués,

BANQUE

EXAMPLE OF A PERFORMANCE BOND

Type A. Performance Bond Payable on Demand

BY THIS BOND We ... (FULL CORPORATE NAME OF PRINCIPAL) .....
..... whose registered office is at .....
hereinafter called the CONTRACTOR and (FULL CORPORATE NAME OF THE BONDING COMPANY) ..... whose registered office is at (FULL ADDRESS) ..... hereinafter called the SURETY are held and firmly bound unto (FULL NAME AND TITLE OF THE OBLIGEE) ..... for the payment of which sum the CONTRACTOR and the Surety bind themselves and their assigns jointly and severally by these presents.

Sealed with our respective seals and dated this ..... day of ..... 197...

WHEREAS the Contractor by a Contract made between the PURCHASER of the one part and the CONTRACTOR of the other part has entered into a Contract hereinafter called the Contract (incorporated herein by reference) for the grant of license and technical know-how, supply of plant and equipment, and the construction, erection, commissioning and guarantee testing of an Ammonia and Urea Plant being the Works as therein mentioned in conformity with the provisions of the Contract.

NOW THE CONDITION of the above-written Bond is such that if the CONTRACTOR shall duly perform and observe all the terms provisions conditions and stipulations of the Contract on the CONTRACTOR's part to be performed and observed according ..... by the CONTRACTOR the Surety shall satisty and discharge the damages sustained by the PURCHASER thereby up to the amount of the above-written Bond then this obligation shall be null and void but otherwise shall be and remain in full force and effect but no alteration in terms of the Contract made by agreement between the PURCHASER and the CONTRACTOR or in the extent or nature of the Works to be built or constructed erected delivered and maintained thereunder and no allowance

of time by the PURCHASER under the Contract nor any forebearance or forgiveness in or in respect of any matter or thing concerning the Contract on the part of the PURCHASER shall in any way release the Surety from any liability under the above-written Bond and the Surety promises and shall be bound to pay to the PURCHASER,in satisfaction and discharge of the damages sustained by the PURCHASER, up to the amount of the above-written bond forthwith at PURCHASER's more notice stating that the CONTRACTOR has failed to fulfil its obligation under the Contract for reasons for which the CONTRACTOR is liable and without any objections and enquiry whatsoever regarding the grounds for non-fulfilment of obligations and without asking for any reason as to whether the amount is lawfully asked for by the PURCHASER or not, the entire amount or portion thereof, as mentioned by the PURCHASER in the notice. In any case, however, the Surety's responsibility under this Performance Bond is limited to (AMOUNT AND CURRENCY, WORDS AND FIGURES) .....

This Performance Bond comes into force from the Effective Date of the CONTRACT and shall be valid initially for a period of _____ months from the Effective Date of the CONTRACT to be extended in case the CONTRACTOR fails to fulfil his obligations under the CONTRACT for such periods as may be mutually agreed upon but not more than 6 (six) months at a time. The guarantee shall expire after fulfilment of the Final Acceptance of the Plant in terms of the CONTRACT, as would be jointly certified by the PURCHASER and the CONTRACTOR.

In the event of force-majeure, or in the event of recourse to arbitration according to the CONTRACT, the validity of this Performance Bond shall be extended, for a period to be mutually agreed upon, till the cause of force-majeure is over or settlement has been made through arbitration, but not more than 6 (six) months at a time.

This Performance Bond shall be in addition to and shall not affect or be affected by any other security now or hereafter held by PURCHASER on account of money hereby intended to be secured and the PURCHASER may, at its discretion, and without any further consent from the SURETY and

without prejudice to its rights against the Surety, may compound with, give time or other indulgence to, or make any other arrangement with the CONTRACTOR and nothing done or omitted to be done by the PURCHASER in pursuance of any authority or permission contained in this bond shall affect or discharge the liability of the Surety.

This Perfomance Bond is to be returned to the Surety after its expiry unless extended beyond the period stipulated in the Performance Bond for the reasons stated above.

The common seal of the (Institution) _____
_____
_____

EXAMPLE OF A FORM OF PERFORMANCE BOND

Type B. Performance Bond payable after default by the CONTRACTOR has been proved to the SURETY and after the SURETY has taken all steps to fulfil specific performance of the contract.

Name of Bonding/Surety/Guaranty Company

No: _____ (State Currenty and Amount)

KNOW ALL MEN BY THESE PRESENTS THAT BY THIS BOND WE ..... (legal name and title of Contractor together with address) ..... as Principal, hereinafter called the CONTRACTOR

AND THE (legal name and title of Bonding Institution together with address) ..... a Corporation created and existing under the laws of the State of ..... and duly authorized to transact the business of Suretyship in ..... (name of PURCHASER's country) as SURETY, hereinafter called the SURETY,

are jointly and severally held and firmly bound unto ..... (legal name and title of PURCHASER together with address) as PURCHASER, hereinafter called PURCHASER, its successors and assigns, in the full and just sum of (words and figures) ..... lawful money of ..... (country name) for the payment of which sum well and truly to be made to the said PURCHASER, its successors and assigns whereof we the CONTRACTOR and SURETY bind ourselves, our heirs, executors, administrators, successors and assigns and each of us jointly and severally, firmly by these presents.

SIGNED, SEALED AND DELIVERED this ..... day of ..... A.D. 19 ....

WHEREAS, the CONTRACTOR has entered into a written contract with the PURCHASER dated the ..... day of ..... A.D. 19 ...., for the grant of licenses, technical know-how, Construction, Supply of plant, equipment and completion of erection, start-up, commissioning and conducting guarantee tests of an Ammonia and Urea Plan (enter location and other details of the specific plant) ..... in accordance with the Specifications, Drawings and Plans submitted therefor which contract, Specifications, Drawings and Plans, are by reference hereto made a part of this obligation hereof (as fully and to all intents and purposes as though recited in full herein) and are hereinafter referred to as the Contract, and including for a period of ..... year(s) from the date of acceptance by the PURCHASER, the remedying of any defects due to faulty materials and/or workmanship, and/or errors in the processes, and/or breach of specifications, and the payment for any damage to other work resulting therefrom, in accordance with the Specifications, Drawings and Plans forming part and parcel of this obligation.

AND WHEREAS the SURETY has agreed to execute these presents to secure the due performance on the part of the CONTRACTOR of the said Contract or as the same may be changed, altered or varied as hereinafter provided; AND WHEREAS the SURETY hereby waives notice of any variations, changes or additions made to the scope of the work to be undertaken pursuant to the CONTRACT or as to any extension(s) of time granted by the PURCHASER.

NOW, THEREFORE, THE CONDITION OF THIS BOND AND OBLIGATION is such that if the above bounden CONTRACTOR, its successors or assigns (et seqq.) shall henceforth and at all times faithfully and promptly perform or cause to be performed and fulfil all the undertakings, premises, covenants, terms, conditions and agreements stipulated in the said Contract in good

efficient and workmanlike manner (on the CONTRACTOR's part to be performed and observed) during the original term of the said Contract as set forth and any extensions thereof that may be granted by the PURCHASER, with or without notice to the SURETY, and during the life of any guarantees and/or warranties specified in the said Contract, and shall also well and truly perform and fulfil all the undertakings, covenants, terms, conditions and agreements of any and all duly authorized variations, changes and additions to the scope of work and/or modifications of the said Contract, and shall furthermore also make good and reimburse to the PURCHASER all loss, damage and costs which the PURCHASER may sustain by reason of and/or incidental to the failure or neglect on the part of the CONTRACTOR to undertake the aforementioned obligations or if on default by the CONTRACTOR the SURETY shall make good, satisfy and discharge the damages sustained by the PURCHASER thereby up to the amount of this Bond, then this obligation shall be null and void, otherwise this Bond to be and shall remain in full force, virtue and effect in law;

Provided always and it is hereby agreed and declared that the PURCHASER may in its discretion at any time or times take and receive from the CONTRACTOR any security whatsoever and grant any extension of time thereon or on any liability of the CONTRACTOR to the PURCHASER;

Provided further and it is hereby agreed and declared that the CONTRACTOR and SURETY, their heirs, successors and assigns, or any of them, shall not be discharged or released from any liability hereunder nor shall such liability be in any way affected by any dealing or transaction or forbearance which may take place between the CONTRACTOR and the PURCHASER and it is hereby agreed that the PURCHASER shall not be required to give the SURETY notice of any such or of any default of the CONTRACTOR

such notice being hereby waived but upon request from the SURETY the PURCHASER shall furnish any information it may have at the time of such request;

Provided also further and it is hereby agreed and declared that any claim, suit or action by reason of any default shall be instituted against the SURETY before the expiration of two (2) years from the date on which final payment under the said Contract falls due and if this limitation is made void by any law controlling the construction thereof, such limitation shall be deemed to be equal to the maximum period of limitation permitted by such law or two (2) years whichever is the lesser;

Provided always and it is hereby agreed and declared that no right of action shall accrue upon or by reason hereof, to or for the use or benefit of any one other than the PURCHASER named herein or the heirs, successors, assigns, executors or administrators of the PURCHASER and the SURETY shall not be liable for a greater penalty than that specified in this instrument.

IN TESTIMONY WHEREOF, the said CONTRACTOR and SURETY each of them jointly and severally bound have caused these presents to be sealed under their several seals on the day and year first above written, the name and corporate seal of each of the said CONTRACTOR as SURETY being hereto affixed duly attested by the signatures of its undersigned Attorney-IN-FACT pursuant to authority of its governing body.

SIGNED, SEALED AND DELIVERED
in the presence of

Witness:

_____ _____ (Seal)
(CONTRACTOR)

Attest: _____ _____ (Seal)

_____ _____ (Seal)
(SURETY)

Attest: _____ _____ (Seal)

Countersigned:

_____

_____

GARANTIES

PRINCIPES GENERAUX DE LA GARANTIE DU CONSTRUCTEUR

Le contractant garantit la conception et l'édification de l'usine ainsi que l'obtention des normes prévues à la présente convention.

En ce qui concerne la conception, le contractant garantit que l'USINE est spécialement conçue pour répondre à l'ensemble des objectifs visés et aux normes stipulées aux présentes, et que lors de cette conception, il sera tenu compte des conditions existantes dans le pays.

En ce qui concerne l'édification de l'USINE, le contractant garantit que l'aménagement du SITE, l'édification de l'USINE, le choix et la définition et la mise en place du MATERIEL DE PRODUCTION et l'organisation générale de l'USINE seront réalisés de la manière la plus appropriée pour que puisse être atteint l'ensemble des objectifs visés et des normes stipulées à la présente convention. Le contractant garantit, en outre, la REALISATION DES TRAVAUX D'INFRASTRUCTURE ET D'EDIFICATION, la mise en place du MATERIEL DE PRODUCTION, le démarrage de la production, la montée en intégration, la montée en cadence dans le respect du PLANNING CONTRACTUEL DE REALISATION.

En ce qui concerne les normes stipulées à l'article ... et aux annexes aux présentes, le contractant s'enquit en outre, à les obtenir et, en particulier, à tout mettre en oeuvre pour assurer un Management Initial convenable et à une formation appropriée du personnel local.

Cette garantie s'étendra à la fourniture des PIECES spécifiques à la technologie du contractant et qui ne seront pas fabriquées dans l'USINE ainsi qu'aux éléments qui n'auraient pas été fournis, construits ou montés directement par le contractant, s'il en a accepté la fourniture, la construction ou le montage. Il en est de même en ce qui concerne les fournitures et les travaux à exécuter par ses sous-traitants.

D'une manière plus précise, certaines obligations du contractant et les garanties correspondantes qu'il accorde aux termes des présentes, sont précisées ci-dessous.

1. CONCEPTION

Le contractant garantit formellement que l'USINE est conçue conformément aux règles de l'Art pour fabriquer les PRODUITS et les PIECES dans les quantités prévues au PROGRAMME DE PRODUCTION. Les PRODUITS ainsi fabriqués seront d'une qualité égale à ceux fabriqués dans les propres usines du contractant, et présenteront les caractéristiques prévues aux présentes. Le contractant garantit, de plus, que la conception de l'USINE tient compte, dans la mesure nécessaire, de toutes les conditions locales existantes y compris celles relatives au SITE et à l'approvisionnement de l'USINE en énergie et en eau et au traitement des eaux et des rejets. Le contractant garantit, enfin, que l'USINE est conçue de façon à permettre son extension rationnelle et économique en vue d'un doublement de sa capacité de production.

2. EDIFICATION

(a) Plans et Dessins : Le contractant garantit que les plans et les dessins en matière d'architecture industrielle qui serviront de base à la réalisation de l'USINE seront exécutés suivant les principes les plus modernes en fonction des données les plus récentes de la technique et qui sont généralement admis en la matière. Les plans et les dessins en matière d'architecture industrielle que le contractant devra soumettre au client conformément à l'Article ... des présentes - et dans les délais stipulés - seront étudiés et examinés par le client.

Dans le cas où le client découvrirait dans les plans et dessins qui lui ont été soumis des imperfections, des manquements ou des éléments qui, à son avis, devraient être rectifiés, elle en informera le contractant et ceci avec diligence, afin de ne pas retarder la passation d'une commande dans les délais prévus à l'Article ... des présentes. Il appartiendra toutefois au contractant de réserver à ces notifications la suite qu'elles comportent. Il est expressément convenu cependant que l'intervention du client n'aura pas pour effet de diminuer la responsabilité générale du contractant aux termes des présentes puisque le contractant aura la faculté de juger ce qui est utile et nécessaire à l'accomplissement total et satisfaisant de sa MISSION.

(b) Exécution de l'Edification : Le contractant garantit que l'édification de l'USINE sera conforme aux règles de l'Art, exempte de toute défectuosité et conforme aux plans, dessins et spécifications tels qu'ils auront été communiqués au client

Au cas où durant l'édification, une défectuosité ou une non-conformité relevant du domaine de cette garantie serait découverte par le client, le contractant prendra ou fera prendre toutes mesures qu'il jugera nécessaires, le cas échéant, pour faire corriger par les entrepreneurs la

défectuosité ou pour remplacer l'élément défectueux ou non-conforme avec la plus grande diligence, dans les délais les plus brefs et sans qu'il n'en coûte rien au client.

3. MATERIEL DE PRODUCTION

(a) Le contractant garantit que le MATERIEL DE PRODUCTION sera un matériel neuf, moderne, de première qualité, exempt de toute défectuosité et de tout vice de fonctionnement (y compris les vices cachés) et généralement conforme aux spécifications figurant à l'Annexe aux présentes. En outre, le MATERIEL DE PRODUCTION sera conforme aux standards et normes exigés par le contractant et aura la capacité et le rendement prévus dans la documentation technique et technologique élaborée par le contractant.

Le contractant garantit en outre que le MATERIEL DE PRODUCTION sera convenablement utilisé et entretenu jusqu'à la RECEPTION DEFINITIVE.

Il garantit de plus que la liste définitive du MATERIEL DE PRODUCTION prévue à l'Article ci-dessus comprendra l'intégralité du MATERIEL DE PRODUCTION nécessaire à la réalisation du PROGRAMME DE PRODUCTION et à l'obtention des normes stipulées à l'Article ainsi qu'aux Annexes aux présentes.

Si un vice, une défectuosité ou une non-conformité relevant du domaine de la garantie visée au présent paragraphe (a) était découvert, par le contractant ou par le client, et au cas où le client notifierait l'existence de ce vice, de cette défectuosité ou de cette non-conformité, par écrit, au contractant, ce dernier prendra toutes les mesures qu'il jugera nécessaires, le cas échéant, pour corriger la défectuosité ou remplacer la machine, l'équipement ou le matériel dont il s'agit et ce avec la plus grande diligence et à ses frais.

La même garantie s'applique aux pièces et éléments réparés ou remplacés, à compter de la date de leur réparation ou de leur remplacement.

(b) Le contractant garantit que le MATERIEL DE PRODUCTION sera exempt de tout vice (y compris les vices cachés) depuis les constats d'installation de chaque machine ou équipement jusqu'à la RECEPTION DEFINITIVE.

Le client jouira de la même faculté d'intervention que celle prévue au paragraphe (a) ci-dessus.

4. GARANTIES DE PRODUCTION

(a) La contractant garantit la production de PRODUITS dans les quantités suivantes :

(i) avant la fin de la période de montée en intégration telle que fixée à l'Article ... et à l'Annexe aux présentes

(ii) avant la fin de la période de montée en cadence telle que fixée à l'Article ... et à l'Annexe aux présentes :

(b) Au cas où les quantités visées aux alinéas (i) et (ii) ne seraient pas atteintes dans les délais requis par suite d'une cause non imputable au client, le contractant mettra gratuitement et en temps opportun à la disposition de l'USINE les organes, pièces ou éléments manquants, en quantités suffisantes et de qualité adéquate, pour permettre à l'USINE d'assurer la production des PRODUITS dans les quantit susvisées et conformément aux normes de qualité fixées aux présentes.

5. GARANTIE FINANCIERE AU TITRE DE LA LIVRAISON DU MATERIEL DE PRODUCTION

Au titre de la garantie de livraison du MATERIEL DE PRODUCTION, le contractant fournira au client une garantie bancaire conformément au modèle qui figure à l'annexe aux présentes pour un montant égal à pour cent (%) de la valeur hors taxes départ usine du MATERIEL DE PRODUCTION.

6. GARANTIE DE FOURNITURE DE PIECES

Le contractant garantit pendant une période de années à compter de la date de prise d'effet, la fourniture au client, aux prix et conditions les plus favorables accordés à des tiers, des pièces spécifiques à la technologie du contractant et qui ne seront pas fabriquées dans l'USINE.

Au cas où le contractant et/ou ses sous-traitants cesserait la fabrication de l'une desdites PIECES, ou au cas où le client déciderait d'intégrer la fabrication de l'une desdites PIECES dans l'USINE, le contractant s'engage à céder ou à accorder ou faire accorder au client les droits de propriété industrielle et le know-how nécessaire en vue de la fabrication d'une telle PIECE, à des conditions à déterminer de commun accord en temps opportun.

Au cas où, pendant la même période que celle visée à l'alinéa 1 de l'Article ci-dessus, l'un des fournisseurs du client cesserait la fabrication d'une pièce spécifique et non standardisée ou n'en assurerait pas la fourniture au client en quantité suffisante ou de façon régulière, le contractant devra proposer au client une liste des fournisseurs susceptibles de fournir des pièces de substitution répondant aux normes et spécifications requises. Le cas échéant, le contractant exécutera les études nécessaires pour permettre cette substitution et fournira au client les informations et la documentation technique s'y rapportant. A la demande du client le contractant devra aider celle-ci à obtenir une cession de droits de propriété industrielle et de know-how relatifs à une telle PIECE, avec toute la documentation technique s'y rapportant et nécessaire pour fabriquer ou faire fabriquer cette pièce dans le pays ou à l'étranger.

Au cas où le contractant et/ou l'un de ses sous-traitants entreprendrait la fabrication d'une telle pièce, il s'engage, à la demande du client, soit :

(i) de fournir ou faire fournir ladite pièce au client aux prix et conditions les plus favorables accordés à des tiers;

(ii) à céder ou à accorder ou faire accorder au client les droits de propriété industrielle et le know-how nécessaire en vue de la fabrication d'une telle pièce à des conditions à déterminer de commun accord en temps opportun.

7. GARANTIE DE BONNE FIN

Le contractant s'engage à fournir ou à faire fournir une garantie bancaire conformément au modèle qui figure à l'annexe aux présentes d'un montant égal à

Cette garantie sera mise en place au plus tard à la fin du ...ème mois à compter de la date de PRISE D'EFFET ladite garantie étant ci-après désignée la "GARANTIE DE BONNE FIN".

Mise en oeuvre de la GARANTIE DE BONNE FIN

Si, dans le cadre des procédures de Réception Provisoire ou de la RECEPTION DEFINITIVE, le client estime qu'un ou plusieurs éléments de l'USINE ne sont pas conformes aux règles de l'Art et aux normes stipulées aux présentes et si le contractant ne prend pas, dans les plus brefs délais, toutes les mesures nécessaires à leur réparation ou remplacement, le client pourra prendre ces mesures aux frais du contractant. La réparation ou le remplacement de ces éléments ne déchargera pas le contractant de ses obligations de garantie, qu'ils aient été effectués par lui-même ou par un tiers à la demande du client. La période de garantie sera suspendue pendant le laps de temps écoulé entre la constatation d'une défectuosité et la réparation ou le remède destiné à la faire disparaître.

L'objet de la GARANTIE DE BONNE FIN étant d'assurer au client les moyens minima et immédiats nécessaires pour lui permettre de faire appel à tout spécialiste de son choix en vue de remédier à une situation défectueuse après que le contractant ait échoué lors des opérations de Réception Provisoire ou de RECEPTION DEFINITIVE ou à fortiori s'il n'était pas en mesure de commencer la procédure devant conduire à la Réception Provisoire ou à la RECEPTION DEFINITIVE, ou s'il avait interrompu des prestations contractuelles essentielles à la bonne exécution de sa MISSION, la GARANTIE DE BONNE FIN sera libérée entièrement et de plein droit en faveur du client, sur première demande du client à la banque qui aura émis ladite GARANTIE DE BONNE FIN. Il sera fait droit sans délai à la demande du client d'obtenir en sa faveur la libération de la GARANTIE DE BONNE FIN alors même qu'une procédure d'arbitrage ou d'expertise aurait été entreprise.

Si la RECEPTION DEFINITIVE a été prononcée comme il est prévu à la présente convention, la GARANTIE DE BONNE FIN sera libérée en faveur du contractant sans retard sur présentation par le contractant à la banque émettrice d'un exemplaire - revêtu de la signature des parties - du procès-verbal de RECEPTION DEFINITIVE sous réserve que toute disposition éventuellement relative à la GARANTIE DE BONNE FIN et figurant dans le procès-verbal soit respectée par la banque.

En aucun cas la GARANTIE DE BONNE FIN ne saurait être interprétée comme étant une clause pénale.

Etendue de la Garantie

(a) D'une manière générale, la responsabilité du contractant s'étendra à l'ensemble de l'USINE, à ses installations, à son Management Initial et aux travaux et prestations s'y rapportant qu'ils aient été effectués ou rendus par le contractant ou par des tiers. Le contractant restera toujours vis-à-vis du client le seul responsable de la parfaite exécution de tous les travaux et prestations dont il devra, de toute façon, assurer la direction, la surveillance et le contrôle.

(b) Le contractant s'engage à prendre toutes dispositions sur le plan contractuel, vis-à-vis des entreprises de génie civil, pour que les garanties décennale et biennale telles qu'elles sont prévues ci-dessous puissent être mises en oeuvre.

" Si l'édifice périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au Maître de l'Ouvrage par un Contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendant dix ans".

" Les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au Maître de l'Ouvrage par un Contrat de louage d'ouvrage sont déchargés de la garantie des ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés après dix ans s'il s'agit de gros ouvrages, après deux ans pour les menus ouvrages".

(c) En ce qui concerne les garanties techniques du MATERIEL DE PRODUCTION, il est entendu que la garantie du contractant ne se limitera pas au remplacement des éléments défectueux ni aux réparations nécessaires mais comprendra également les dommages causés directement à toute autre partie du MATERIEL DE PRODUCTION par la défectuosité de cet élément si le défaut d'un élément du MATERIEL DE PRODUCTION entraîne des conséquences dommageables à d'autres éléments du MATERIEL DE PRODUCTION ou de l'USINE, le contractant devra remplacer ou réparer, conformément aux dispositions des alinéas précédents, tous les éléments endommagés et remettre le tout au client en parfait état de marche lors de la RECEPTION DEFINITIVE.

(d) L'intervention du client visée au présent Article ou sa non-intervention, le cas échéant, n'auront pas pour effet direct ou indirect de diminuer la responsabilité totale du contractant vis-à-vis du client aux termes des présentes.

ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE PUBLIEE POSTERIEUREMENT A LA REDACTION DE LA THESE

A. Paris, 27 oct. 1981, J.C.P., 1981, II, 19702, obs. P. BOULOY.

La cour d'appel de Paris a prononcé le 27 octobre 1981, la seconde décision française relative à la saisie-arrêt d'une garantie automatique. Elle concerne non pas une garantie donnée pour la prestation de faire, objet de notre étude, mais une garantie de paiement, donnée en substitut d'un crédit documentaire. Elle nous permet de préciser le régime de la saisie-arrêt de cette garantie, régime strictement parallèle à celui relatif au crédit documentaire et non à celui étudié propre à la garantie donnée pour une prestation de faire.

En l'occurrence, une garantie bancaire de paiement avait été émise sous forme de lettre de crédit. Elle assurait le paiement régulier du loyer d'un navire jusqu'au terme prévu de la location. La garantie était payable moyennant présentation d'une traite à vue et contre remise d'une déclaration du bénéficiaire attestant le défaut de paiement du loyer. Le donneur d'ordre de la lettre de crédit se prévalant de différentes inexécutions des obligations contractuelles du bénéficiaire (vitesse du bateau inférieure à la vitesse garantie contractuellement, nombreuses avaries au moteur, pollution par celui-ci entraînant mise en cale-sèche pendant plusieurs mois) résilie unilatéralement la convention de location avant le terme prévu.

Le bénéficiaire appelle dès lors la garantie pour le montant estimé par lui des dommages et intérêts nés de la résiliation. Le donneur d'ordre ayant obtenu la désignation d'un arbitre, réclame, dans l'attente, la délivrance par

le tribunal de Grande Instance de Paris d'une ordonnace lui permettant de pratiquer une saisie-arrêt sur le montant appelé de la garantie. Cette ordonnance lui est accordée. En réponse, le bénéficiaire demande la main-levée de la saisie et l'obtient au motif que sa créance née de la garantie serait une mise en péril, vu les difficultés sérieuses qu'il recontrerait pour aboutir à l'exécutionde la décision arbitrale à venir. Le donneur d'ordre évoque l'affaire devant la cour d'appel, il sollicite l'infirmation du référé pour incompétence du juge à ordonner la mainlevée de la saisie conservatoire.

La cour d'appel réfute l'argumentation du donneur d'ordre et maintient la mainlevée de la saisie conservatoire. Elle propose l'argumentation suivante:

1. La cour reconnaît d'abord que *"le Droit français ne prévoit pas parmi les créances insaisissables celles qui résultent de la constitution d'une garantie irrévocable, fût-elle à première demande"*.Cet attendu reprend explicitement celui proposé par le tribunal de Grande Instance de Paris dans la décision déjà étudiée (n°372 et s.), décision également relative à la saisie-arrêt d'une garantie;

2. *"La garantie, résultant de l'émission de la lettre de crédit s'analyse, d'une part, comme un engagement personnel de paiement, directement pris par le banquier envers son bénéficiaire, d'autre part, comme un engagement abstrait, devant jouer d'une façon détachée par rapport aux relations existant entre les signataires du contrat de base"*.Cette seconde étape du raisonnement des juges reproduit l'argumentation développée par la décision précitée.

3. L'attendu suivant s'écarte apparemment du moins de cette argumentation. Alors que le 13 mai 1980, le tribunal de Grande Instance de Paris accueillai

la demande en saisie-arrêt, la cour d'appel la rejette. Sa motivation s'inspire de la conception unitaire "téléologique" de l'opération multilatérale dans laquelle s'inscrit la délivrance d'une garantie (n°283 et s.: *"L'indépendance de la garantie à l'égard du contrat de base entraîne pour conséquence que le donneur d'ordre ne peut se prévaloir de l'exécution défectueuse de ce contrat pour pratiquer une saisie-arrêt"*... La mise sur pied de la garantie équivaut pour le donneur d'ordre *"à une renonciation par avance à contester le bien-fondé des paiements effectuées par la banque"*, une sorte de *"pactum de non petendo"* selon l'expression de la doctrine allemande (n°352 et s.).

4. La cour tire alors les conséquences de cette approche: *"Considérant qu'admettre la possibilité d'une telle saisie serait permettre à l'un des contractants de paralyser, fût-ce provisoirement, l'exécution des engagements clairs et valables qu'il a pris en connaissance de cause, compte tenu des risques auxquels il s'exposait"*. La cour confirme donc la mainlevée mais rectifie la motivation avancée par le juge des référés. La justification n'est pas la mise en péril de la créance saisie mais *"l'impossibilité pour le donneur d'ordre de pratiquer lui-même une saisie conservatoire sur la créance résultant de la lettre de crédit, qui constitue une garantie pour lui et un mode de paiement irrévocables qui ne peuvent être remis en cause"*.

La principale justification donnée par la cour d'appel de Paris au refus de la saisie-arrêt pratiquée par le donneur d'ordre se fonde sur le fait que cette procédure contreviendrait à l'équilibre contractuel mis en place dans la relation de base. Comme le note l'annotateur de la décision: *"Avant d'être respectivement donneur d'ordre et bénéficiaire, les parties ont été et demeurent vendeur et acheteur, fréteur et affréteur, ou quoi que*

ce soit d'autre: c'est lors de la négociation et de la conclusion du contrat de base que tout s'est joué, que chacun a pris ses risques et défendu ses intérêts, comme il a pu ou cru devoir le faire, en l'état d'une conjoncture économique et commerciale déterminée".

Cette justification rejoint la justification que nous donnions des limites imposées aux possibilités laissées au donneur d'ordre d'empêcher le paiement (n°356 et s.).

Ceci dit, la décision de la cour d'appel est, à notre avis, trop absolue: la clause de garantie insérée dans le contrat de base ne signifie pas une renonciation complète et définitive par le donneur d'ordre à son droit d'évoquer la saisie-arrêt. S'il y a, par la clause de garantie, renonciation, celle-ci n'est pas aussi étendue que le prétend la cour d'appel. On distinguera à ce propos deux types de garantie: la garantie de paiement dont question dans la présente décision et les autres formes de garanties, objet de notre étude.

Dans la garantie de paiement, comme dans le crédit documentaire, si la créance saisie est la créance relative à l'obligation de paiement du donneur d'ordre vis-à-vis du bénéficiaire, la créance du saisissant se fonde sur la mauvaise exécution de l'obligation de faire à charge du bénéficiaire de la garantie. Que le donneur d'ordre de la garantie ne puisse se prévaloir des litiges relatifs à la prestation du bénéficiaire, nous apparaît justifiée. La garantie automatique de paiement doit assurer à celui-ci une parfaite sécurité du paiement, nonobstant les différends relatifs à cette prestation. L'affirmation connaît cependant une limite. En cas de fraude manifeste du bénéficiaire, la créance du donneur d'ordre n'est plus sérieusement contestable et la saisie-

arrêt doit être possible comme elle l'est en cas de crédit documentaire (n° 374).

Dans les autres types de garantie, si la créance saisie est la créance relative à l'obligation de faire à charge du donneur d'ordre, la créance du saisissant se fonde sur la mauvaise exécution de l'obligation de paiement du bénéficiaire. Comme nous l'avons souligné, il n'est pas évident que la clause de garantie, fût-elle automatique, entraîne renonciation du donneur d'ordre à se prévaloir des défauts de paiements certains constatés dans le chef du bénéficiaire,l'automaticité de la garantie n'étant que la contrepartie de moyens de paiement irrévocables (n°384).

Ainsi, le fondement invoqué par la cour d'appel pour justifier les limites mises à la possibilité de saisie-arrêt de la garantie par le donneur d'ordre n'aboutit pas à réfuter le précédent du tribunal de grande instance de Paris (décision du 13 mai 1980). Cette décision admettait très justement la saisie-arrêt d'une garantie d'exécution lorsque le donneur d'ordre prouvait de façon certaine et immédiate d'importants défaut de paiement du bénéficiaire.

B. Trib. de commerce de Bruxelles (réf.), 23 déc.1980, Rev. Banque, 1981, 627.

L'ordonnance en référé du président du tribunal de commerce de Bruxelles a trait à une garantie donnée pour le paiement de droits de douanes au profit de l'administration iranienne. La garantie émise par une banque iranienne et contre-garantie par une banque belge avait été donnée initialement en 1974, prorogée jusqu'en 1979 puis, sous la menace d'appels répétés, étendue par période de trois mois jusqu'en mars 1981. Suite à l'appel de la garantie par le bénéficiaire iranien, la contre-garantie est à son tour réclamée. Le donneur d'ordre informé par la banque contre-garante demande au juge qu'il soit fait défense à celle-ci de payer ou du moins qu'il soit constaté que tout paiement par elle soit fait sous son entière responsabilité. Le donneur d'ordre invoque pour ce faire que l'appel a lieu *"sans avoir égard aux causes réelles de garantie qui en l'espèce seraient des garanties exclusivement douanières dont la date d'expiration serait déjà dépassée"*.

Le président du tribunal rappelle l'avantage que constitue pour le donneur d'ordre la délivrance d'une sûreté personnelle en lieu et place d'une sûreté réelle (n°319). Il note que *"l'essence de la garantie ou contre-garantie réside dans le fait que le paiement doit être garanti sur simple réclamation, l'engagement du garant, en l'espèce la première défenderesse, étant abstrait, c'est à dire autonome et indépendant des rapports sous-jacents"*. Il ajoute que ce caractère abstrait connaît des limites et notamment en cas de mauvaise foi du bénéficiaire.

Ces principes rappelés, le juge laisse le garant juge de l'effective mauvaise foi du bénéficiaire et se déclare personnellement incompétent à défaut d'urgence. Ces deux derniers points méritent d'être soulignés.

L'absence d'urgence est tirée de la non réaction de la banque iranienne à l'attitude passive de la banque belge. La banque iranienne, ajoute le juge, *"ne dispose pas, à l'heure actuelle, d'un titre exécutoire"*. Ce premier motif surprend. Il laisse sous-entendre que les banques contre-garantes pourraient retarder leur remboursement des banques garantes et forcer celles-ci à se procurer auprès d'un tribunal local un titre de paiement et à le rendre exécutoire en Belgique.

Le second motif peut conduire à des interprétations dangereuses: *"Attendu en effet que le garant d'abord - et non le juge - doit veiller à trouver un équilibre entre le droit du bénéficiaire d'appeler la garantie même si l'exécution ou la validité du contrat de base faisait l'objet de contestations entre parties et l'inéquité qui consisterait à reconnaître au bénéficiaire ce droit alors même que sa mauvaise foi ne pourrait échapper au garant"*. Cet attendu pourrait conduire les interprètes à nier l'intérêt du référé. Si la seule exception à l'abstraction de la garantie automatique est la fraude du bénéficiaire connue ou patente pour le banquier, la procédure en référé n'a plus guère d'utilité puisque le paiement bancaire par hypothèse entraînera sa responsabilité. Ce raisonnement a été évoqué (n°340).

S'il est exact que le garant est chronologiquement le premier "juge" de la mauvaise foi du bénéficiaire et que son paiement, en cas de fraude manifeste du bénéficiaire, entraîne sa responsabilité, on ne déniera cependant pas tout intérêt à la procédure en référé. Dans de nombreux cas, la preuve "liquide" et évidente de la fraude du bénéficiaire nécessite un examen - ne fût-ce que sommaire - de la convention de base. Cet examen ne peut être fait par le garant

tenu par son rôle de stricte neutralité mais doit être fait par le juge.

Ainsi, dans le cas soumis au président du tribunal de commerce de Bruxelles, la preuve liquide de la fraude manifeste du bénéficiaire ne pouvait être établie que par la prise en considération des dates limites prévues pour l'exécution des conventions d'exportation, la garantie douanière n'ayant plus de sens pour des opérations depuis longtemps terminées. On ne peut exiger du banquier cette vérification. Le banquier ignore en effet si les garanties douanières délivrées n'ont pas été étendues à de nouvelles opérations ou si les opérations garanties ont été retardées. Par leur procédure certes sommaire mais contradictoire, le juge peut établir la réalité des faits et dès lors accueillir, plus largement que le banquier, les moyens de preuve proposés par le donneur d'ordre. La responsabilité des garants ne supprime donc pas la responsabilité des juges. A l'inverse, la responsabilité des juges n'efface pas celle des garants.