

A propos d'un nouveau type de sûreté personnelle, la garantie bancaire
« automatique » délivrée dans le commerce international.
Approfondissement de la notion de sûreté personnelle et de son extension.

ETUDE DE DROIT CIVIL COMPARÉ

Volume 2

UNIVERSITÉ CATH. LOUVAIN
FACULTÉ DE DROIT
BIBLIOTHÈQUE

LA GARANTIE " AUTOMATIQUE "

DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

Y. POULLET

Thèse présentée pour l'obtention
du grade de Docteur en Droit
Louvain - Année académique 1980-1981

PROMOTEUR : P. COPPENS

CHAPITRE III

LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA

GARANTIE BANCAIRE "AUTOMATIQUE" DU COMMERCE

INTERNATIONAL COMME TYPE ORIGINAL DE SURETE PERSONNELLE

CHAPITRE III

LA VALIDITE ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA

GARANTIE BANCAIRE "AUTOMATIQUE" DU COMMERCE

INTERNATIONAL COMME TYPE ORIGINAL DE SURETE PERSONNELLE

201. Notre rapport au colloque de Tours (1) établissait l'existence d'une multiplicité de types parmi les différentes conventions par lesquelles une banque peut se porter garante d'un client dans une opération du commerce international (2). La garantie "automatique" (3) présente la particularité d'être exécutoire sur simple demande du bénéficiaire de la garantie et emporte pour le garant une renonciation définitive à se prévaloir des exceptions tirées du rapport de base.

Bien des questions peuvent être posées à propos de ce type de sûreté personnelle : ce type original consacré par la pratique est-il licite ? Quelle est sa nature juridique. Enfin, si nous dénommons abstraction, au sens technique (4), le degré d'indépendance juridique d'un engagement quant à sa validité et son caractère exécutoire par rapport à la validité et au sort d'autres engagements avec lesquels il est économiquement interdépendant, quel degré d'abstraction faudra-t-il reconnaître à la garantie "automatique" délivrée par la banque tant au regard de l'opération commerciale internationale garantie qu'au regard du rapport dit de couverture : banquier-client ?

(1) Pouillet Y., *Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe*, Actes du Colloque, Les garanties bancaires dans les contrats internationaux.

(2) Notre typologie mentionnait l'existence de bien d'autres types depuis la garantie payable avec l'accord du donneur d'ordre, celle limitée à la couverture des obligations du donneur d'ordre (en fait, le cautionnement), celle "documentaire", etc...

(3) de préférence à la dénomination "à première demande", la clause "à première demande" a en effet une signification ambiguë. Elle peut signifier la simple renonciation provisoire à toute exception tirée des rapports de base (à cet égard, le fameux arrêt BGH 2 mai 1979, NJW 1979, I500 et l'article de Horn étudié supra n°172).

Remarquer la même dénomination utilisée en droit italien (infra n°229)

(4) Nous avons déjà distingué "abstraction" au sens technique et "acte abstrait". L'acte abstrait n'est qu'une théorie juridique qui tente de justifier l'abstraction (supra n°148)

Certes nous sommes conscients qu'après avoir répondu à ces *interrogations* nous serons loin d'avoir épuisé toutes les questions posées par ce nouveau type de sûreté personnelle. Nous espérons cependant que ces questions ont été sinon résolues du moins abordées par de précédentes publications (5).

Au delà de cette première limite, il faut bien reconnaître une seconde limite. Nous confinant à quelques questions propres à la garantie "automatique" du commerce international, nous négligeons toutes celles que posent ou poseront bientôt à l'ordre juridique d'autres formes originales de sûretés personnelles développées de même dans la pratique bancaire. Nous songeons certes aux contregaranties, à toutes les garanties du commerce international émises par les banques et qui ne peuvent être ramenées purement et simplement au cautionnement tel que prévu par la loi (6) mais aussi à celles émises dans le commerce national (7), enfin et surtout à celles émises cette fois au profit des banques (8) dont la nature juridique commence à inquiéter nos ordres juridiques, telles certaines "lettres de patronage" dites "dures" (9) données par une "société mère"

- (5) Outre l'article cité note I, nous nous référons à l'article : les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 387 ; à ceux sur des questions plus particulières parus pour les mêmes actes du colloque : "Les garanties bancaires dans le commerce international et le droit international privé" et "Les garanties bancaires dans le commerce international - Règles d'interprétation".
- (6) en particulier, la garantie "documentaire" au sens précis où nous entendons le mot "document" où les règles relatives aux obligations du banquier, apériteur d'un crédit documentaire doivent être suivies.
- (7) A cet égard, notre article, Les incertitudes récentes de la nature juridique de l'assurance caution, Bull. Assur., 1979, 5. Il n'est pas en effet évident que les règles dégagées à propos des garanties "automatiques" du commerce international doivent s'appliquer en tout point aux garanties "automatiques" du commerce national.
- (8) Certaines lettres de patronage peuvent être émises par une banque (au profit par exemple de fonds communs de placement)
- (9) Les "Harte Patronatserklärungen" du droit allemand dont certaines sont de véritables sûretés personnelles supérieures au cautionnement (Sur ces harte Patronatserklärungen, lire Steicher R., Harte Patronatserklärungen, Thèse, Köln, 1979).

à l'appui du crédit fait à sa "filiale" (10)

Mieux, l'ordre juridique italien (11) ne va-t-il pas jusqu'à reconnaître que le cautionnement bancaire "pour toutes sommes" représente un "type" particulier de sûreté personnelle qui ne peut être purement et simplement ramené au cautionnement.

Face à ce foisonnement de nouveaux types de sûretés personnelles, nos quelques réflexions n'ont pour autre ambition que de présenter un schéma de raisonnement qui pourrait être appliqué à l'ensemble de ces nouveaux types de sûretés personnelles pour en déterminer l'exacte originalité.

Ces réflexions - dont nous avons indiqué les limites - auront pour ambition de dégager la manière dont chaque ordre juridique a étudié la nature juridique et le degré d'abstraction de la garantie "automatique". Les réponses apportées par les ordres juridiques étrangers (Section I) nous permettront de nuancer voire critiquer les analyses belge et française et de développer au terme notre propre point de vue (Section II).

La troisième section étudiera une question particulière dont l'intérêt n'échappera à personne : le donneur d'ordre d'une garantie "automatique" peut-il empêcher le paiement par la banque ?

(10) "Société mère" et "filiale" sont volontairement mis entre guillemets.

(11) Ainsi Rascio R., *Problemi della fideiussione omnibus*, Rapport au congrès de droit bancaire, Ferrare, 1976 ; Rescigno R., *Il problema della validita della fideiussione c.d. omnibus*, note sous Cass. 29 oct. 1971, B.B. e Tit di C., 1972, II, 92 ; Maccarone S., *La fideiussione bancaria come contratto atipico*, in *Le garanzie reali e personali nei contratti bancari*, Milano, 1976, 151 et s.

SECTION I : LA GARANTIE BANCAIRE "AUTOMATIQUE" ET SA NATURE JURIDIQUE DANS DIVERS

ORDRES JURIDIQUES A L'EXCEPTION DE LA BELGIQUE ET DE LA FRANCE

202. Trois législations d'Europe orientale (12) ont codifié le contrat de sûreté personnelle non accessoire délivrée dans le cadre du commerce international. La dénomination "contrat de garantie" utilisée par ces législations témoigne à suffisance de l'influence que les ordres juridiques germaniques ont eu sur ces législations (I2 bis).

La définition de la garantie de banque donnée par le code tchécoslovaque du commerce extérieur (4 décembre 1963) découle en droite ligne de celle proposée par Stammer." Par la garantie de banque, la banque s'engage envers celui qui reçoit la garantie à désintéresser l'ayant droit d'après la teneur de la garantie au cas où un tiers déterminé n'exécute pas son obligation ou bien où les conditions indiquées dans la garantie sont réalisées." (13) On retrouve l'idée du contrat de garantie, contrat "indemnitaire".

La loi tchécoslovaque distingue deux sortes de garanties bancaires (14). L'article 670 vise la garantie "qui prévoit l'obligation incombant à la banque de désintéresser l'ayant droit au cas où un tiers n'exécute pas son obligation...", en d'autres termes le cautionnement bancaire accessoire. L'article 672 a pour

- (I2) *Il s'agit de la loi de la république démocratique allemande du 5 février 1976 relative aux contrats économiques internationaux (articles 252 et s.) ;*
de la loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 relative au commerce extérieur (articles 665 et s.) ;
de la loi Yougoslave du 29 juin 1972 relative au contrat économique international.

Nous avons publié le texte des deux premières lois dans la farde de documentation parue pour le colloque de Tours (19 et 20 juin 1980)

Quant au commentaire de la loi yougoslave. le lecteur se réfère à l'article de Pavicevic, Bankgarantien im Yugoslawischen Recht, in Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt/M. 1977, 57 de façon plus complète, sur la garantie bancaire dans les pays de l'Est, Fiorescu G., Les garanties bancaires dans le commerce international:

Pratique dans les pays de l'Est, actes du Colloque de Tours, Paris, 1981

- (I2 bis) *Reconnaissance explicite en est faite sur Pavicevic. (op.cité, 60 et 61)*
 (I3) *Article 665 ; La définition donnée par la loi allemande est bien plus proche encore de la définition de Stammer : "Par la garantie, l'un des contractants (garant) s'oblige à l'égard de l'autre contractant à effectuer le paiement en cas de survenance du cas prévu par la garantie, à concurrence du montant garanti."*

- (I4) *Comp. la typologie plus complexe et diversifiée que nous proposons (Les garanties bancaires dans le commerce international : Définition et pratique en Europe Occidentale. Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.)*

objet la garantie "automatique", c'est à dire la garantie qui "prévoit l'engagement de la banque à exécuter l'obligation garantie, à la première réquisition de l'ayant droit et sans exceptions". Dans ce cas la banque ne peut opposer au bénéficiaire les exceptions qui "à défaut de cela, sont en vertu de l'obligation garantie, opposables à l'ayant droit par le donneur d'ordre en qualité de débiteur."

Enfin, l'article 675 applique à la garantie de banque, subsidiairement, "sous réserve d'une réglementation différente contenue aux articles 665 à 674 et dans la mesure où la nature de la garantie de banque le permet, les usages relatifs aux crédits (documentaires) et qui sont généralement observés dans les relations commerciales internationales"(15).

A l'inverse, la loi allemande rejoint la solution moderne affirmée par la doctrine occidentale (16) lorsqu'elle affirme : "Les articles 247, 250 et 251 relatifs à la caution sont applicables par analogie au garant" (17) Elle ajoute cependant, "Si dans une garantie, le garant s'oblige au paiement au vu de documents concernant l'accomplissement d'une obligation par le garanti, les dispositions sur l'accréditif s'appliquent par analogie".(18)

(15) *Les règles et usances uniformes de la CCI relatives au crédit documentaire sont appliquées dans les pays de l'Est.*

(16) *supra n°138.*

(17) *Article 255, les articles cités concernent la notion de garants solidaires et les recours du garant contre le donneur d'ordre.*

L'article 254 maintient cependant le principe de l'exclusion des exceptions : donneur d'ordre bénéficiaire. "Si le garant a donné la garantie sur ordre d'un tiers, il ne peut opposer d'exceptions du tiers contre le garanti" (cfr. toute article 253) : "Le garant est en droit de réclamer du garanti lors de sa demande en garantie la preuve que le cas de garantie est survenu."

(18) *Est-ce à dire que la loi allemande suggère que les règles de l'accréditif notamment sur les limites de l'abstraction ne valent que pour la seule garantie documentaire.*

203. La considération de ces trois ordres juridiques attestent bien de l'ambigüité du statut de la garantie bancaire "documentaire" ou "automatique". Si sa nature de sûreté personnelle la rapproche du cautionnement, sa pratique comme corrélat du crédit documentaire la situe aux confins de cette dernière institution .

Si le pragmatisme de l'ordre anglo-saxon accorde à la seconde considération sa préférence, les ordres germaniques et italien tout en n'excluent par une similitude dans le degré d'abstraction des deux institutions, insistent sur la nature de sûreté personnelle et non de mode de paiement qui caractérise la garantie à l'inverse du crédit documentaire.

§ 1. LES ORDRES ANGLO-SAXONS.

A. "Guaranty" et "letter of crédit"

204. Nous avons souligné, lors de notre étude du "contract of indemnity", le peu de succès réservé par la jurisprudence et doctrine anglaises à cette notion lors de la recherche de la nature juridique de la garantie bancaire "automatique" (19). Contrairement aux droits germaniques où l'étude de la nature juridique de la garantie non accessoire, les droits anglo-saxons tant anglais qu'américain semblent avoir peu cherché dans un premier temps du moins à mettre en évidence l'originalité de la garantie bancaire comme forme particulière de sûreté personnelle et ont préféré rechercher les analogies du côté du crédit documentaire. (20)

Cette analogie voire cette confusion s'expliquent par des raisons réglementaires. La section 4 de l'Act américain de 1879 pour la protection des déposants bancaires interdisait aux banquiers l'émission de tout cautionnement ou de façon plus large de toute sûreté personnelle. Le Llewellyn Commentary demandé par le législateur américain pour fixer le domaine de la lettre de crédit rappelait ce refus légal de toute extension de la fonction bancaire à la délivrance d'engagements de garantie (21).

- (19) *supra* n°132. Les juges anglais emploient le terme "guarantee" et non "indemnity". C'est donc à tort, pensons-nous, que les comparatistes voient dans le "contract of indemnity" du droit anglais, la base légale retenue dans ce pays pour justifier l'originalité de la "garantie automatique" (sur ce point, Auhagen, *Die Garantie einer Bank*, op. cité, 47 et s.; Gavalda-Stoufflet, *La Lettre de garantie internationale* R.T.D. comm., 1980.4 ; etc)
- (20) Jarvis (P.R., *Standby Letters of Crédit, Issuer's subrogation and Assignment Rights*, 9 UCCLJ, 373 (1977) note 72) remarque d'ailleurs "qu'à ce rapprochement actuel entre "Sales Letters of Credit" et "Contracts of Guaranty or Suretyship." s'ajoute la tradition historique d'un rapprochement. Au cours du 19^e siècle, les termes "Letters of Credit" et "Guaranty" ont été utilisés de façon interchangeable (cfr. les références reprises par l'auteur). Ce n'est que progressivement au cours des 19 et 20 siècles que "Letter of Credit Law" et "Guaranty Law" ont été distinguées.
- (21) Le lecteur trouvera ces deux textes dans la farde de documentation établie pour le colloque de Tours. Nous aurons l'occasion de noter que la jurisprudence a parfois repris à son compte le principe de non extension de l'utilisation de la lettre de crédit.

Pour tourner cette interdiction, les banques américaines délivrèrent en garantie de l'exécution d'opérations conclues par leur client des lettres de crédit dites "standby" (22). La nature juridique de telles garanties bancaires se confond dès lors avec celle de la lettre de crédit(23). L'exemple américain devait amener les juges anglais à rechercher de même une analogie entre la garantie bancaire et la lettre de crédit. En droit anglais, cette analogie est surtout recherchée pour justifier les limites de l'abstraction de la garantie "automatique"

205. Avant d'aborder l'étude de ces limites, montrons rapidement comment les juges anglais ont consacré l'analogie de la "Bankguarantee" et de la "lettre de crédit" (24). Nous avons déjà signalé en ce sens, l'avis de Devlin à propos du cas *Sinason Teicher*: "Je pense qu'une garantie bancaire est suffisamment semblable à une lettre de crédit pour pouvoir dire que les mêmes principes

(22) où "à première demande". La lettre de crédit "standby" a été définie par le "Board of Governors of the Federal Reserve System" comme "représentant une obligation envers le bénéficiaire de la part de l'émetteur.

(1) de restituer l'argent prêté ou avancé à et pour le compte de la partie donneur d'ordre ; (2) de payer sur base de toute preuve d'insolvabilité dans le chef du donneur d'ordre ; (3) de payer sur base de tout défaut par la partie donneur d'ordre dans l'exécution de ses obligations.

Cette définition, pourtant reprise par le "Comptroller of the Currency" (I.R. U. II60, 12 CFR § 7.II60 (a) (1977), est peu précise et fournit peu d'indications quant à l'exacte spécificité de cette sûreté personnelle. La CNUDCI (A/CN. 9/I63, 8 mai 1979, p. 2) dans son rapport sur les lettres de crédit "Stand-By" la définit comme suit : "Les parties à un contrat conviennent parfois qu'en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse de la part du débiteur, une somme déterminée sera payable au créancier en vertu d'une lettre de crédit devant être ouverte en faveur du créancier à la demande du débiteur."

(23) Nous reviendrons sur cette équivalence (infra N°206) Il semble en effet que même aux Etats Unis, les juristes se montrent de plus en plus conscients de l'originalité des "Standby Letters of Credit"

(24) La doctrine à ce sujet est rare, outre le commentaire d'Elland-Goldsmith (*Performance Bonds in the english courts*, DPCI, 1978- 151) signalons les remarques de Megrah (*In Gutteridge, The law of Banker's commercial credits*, London, 1978, 46)

doivent être appliqués." (25)

Ce point de vue est encore amplifié par Lord Denning dans l'affaire *Elia and Another* (26) où il conclut : "une garantie bancaire est sur bien des points comme une lettre de crédit". Citons enfin les trois décisions récentes *Harbottle Ltd v Nat. Westminster Bank*, celle *Edward Owen Ltd v. Barclays Bank* et celle *Howe Richardson Ltd v. Polimex Cekop* (27) où "il fut reconnu que la banque (garante) en principe est dans une position non identique mais en tout cas fort proche de la position d'une banque qui a ouvert une lettre de crédit irrévocable confirmée. Que l'obligation naisse d'une lettre de crédit ou d'une garantie, l'obligation de la banque est d'exécuter ce qu'elle doit exécuter selon son contrat particulier. Cette obligation ne dépend pas, du moins normalement, de la solution concrète du litige ni de l'exécution suffisante par le vendeur à l'acheteur ou à l'inverse par l'acheteur envers le vendeur telle que cette exécution serait décidée sur base du contrat d'achat-vente. La banque est concernée uniquement par le fait suivant : l'évènement dont doit naître son obligation est-il arrivé ?" (28)

(25) *Sinason Teicher v. Oilcakes and Oiseeds Trading Co* (1954) 1 Lloyd's Rep. 376.

(26) *Elia and Another v. Matsas and Others* (1966) 2 Lloyd's Rep. 495.

(27) Ce sont les trois décisions commentées par Elland-Goldsmith (DPCI, 1978, 151 et s.) - *Harbottle R.W. Ltd v. Nat. Westminster Bank Ltd* (1977) 3 W.R.L., 753 ; *Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank Int. Ltd* (1978) 1. Q.B., 159 ; *Howe Richardson Scale Co Ltd v. Polimex Cekop and Nat. Westminster Bank Ltd*, (1978) 2 Lloyd's Rep. 161.
Dans l'affaire *Hyundai Heavy Ind. Co Ltd v. Papadopoulos and Others* (1980) 2 All. E.R., 29) il fut jugé qu'une "guarantee" de paiement irrévocable donnée au cas de défaut du donneur d'ordre s'étendait à la garantie des dommages et intérêts éventuellement dus par le donneur d'ordre après résiliation du contrat. Cette décision s'appuie exclusivement sur le droit du cautionnement.

(28) repris de *Howe Richardson v. Polimex Cekop*.

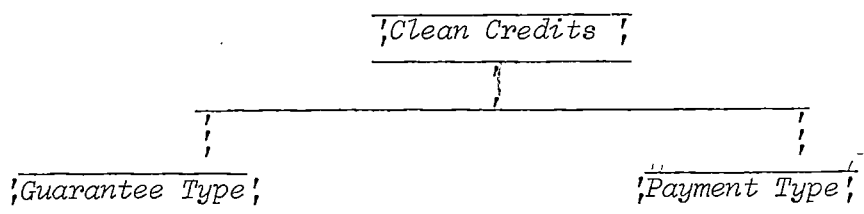
206. Par un mouvement inverse la jurisprudence américaine semble avoir pris récemment conscience de l'originalité des lettres de crédit délivrées non comme moyen de paiement mais comme garantie c'est-à-dire comme engagement subsidiaire. Cette prise de conscience amène certains ~~courts~~ courts d'états à remettre en question leur validité (29). On connaît le cas *New Jersey Bank v. Palladino* où la suprême Court de l'état de New Jersey (30) affirma : "l'engagement d'une banque selon laquelle elle assumerait l'obligation d'autrui sur base de la notification qui lui serait faite que le prêt n'avait pas été remboursé n'est pas une lettre de crédit du moins au sens de l'Uniform Commercial Code et des statuts prescrivant les pouvoirs des banques.... Toute garantie donnée par une banque envers une autre en violation du statut ne peut être exécutée par la banque qui le reçoit."

(29) *New Jersey Bank v. Palladino J. and First State Bank, Sup. Court of New Jersey* 13 déc. 1976, 368 A. 2d. 943 (1976) dont le principe est déjà abandonné l'année suivante in *Nat. Sur. Corp. v. Midland Bank*. 551 F. 2 d 21 (1977), arrêt rendu par la même cour d'appel (les deux arrêts sont repris dans la farde de documentation parue pour le colloque de Tours, p. 35 et s.) ; Cfr aussi *Island Waterways Corp. v. Young*, 309, U.S., 517 (1940). Dans le même sens la position de Naegle reprise amplement par Katskee M.R., *The Standby Letter of credit debate : The case for congressional Resolution*, *Banking Law Journal*, 1975, 647

(30) Suite à cette décision, le département des banques de l'administration de l'Etat de New Jersey proposa un amendement du NJSA, A. 17 ; 9 A - 25.2 qui visait la reconnaissance des lettres de crédit "Standby" (Cfr le texte repris dans la farde de documentation citée).

La plupart des auteurs (31) et des juges américains (32) tout en admettant la nature originale des lettres de crédit (33) utilisées comme garantie, qu'ils appellent "guaranty letters of credit" (34) et même tout en reconnaissant que cette utilisation constitue une extension non prévue (35) affirment cependant leur validité (36) : "Concue à l'origine comme une manière de faciliter la vente

- (31) Harfield H., *Bank Credits and Acceptances*, New York, 5e éd., 1974, 154 et s. ; du même auteur, *The Standby Letter for 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 *Stan. 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 *UCCLJ*, 272 (1978) ; Del Duca L.F., *Pitfalls of "Boiler Plating" Letters of Credit*, 13 *U.C.C.L.J.*, 3 (1980)
- (32) 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 Co 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); etc..
- (33) A cet égard, lire l'arrêt *East Grand Savings Assoc. v. Central Nat. Bank and Trust Co.*, 593 *F. 2d* 598, 1979, qui dénonce l'ambiguïté 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.
- (34) 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 la présentation des "*Clean Letters of Credit*" faite par les manuels de marketing.



Cfr enfin, la distinction de Jarvis (op. cité, 356) entre "*Sales Letters of Credit*" et "*Standby letter of Credit*".

- (35) A cet égard, l'article de Verkuil, *Bank Solvency and Guaranty Letters of Credits*, 25 *Stanford L. Rev.*, 716 (1973)

- (36) *Il semble en effet que l'administration américaine ait progressivement accordé la préférence au raisonnement de ceux que Katskee (op. cité, 697) appelle les "commercial progressives" au détriment des "financial conservatives". On se référera sur ce point aux références données par Arnold et Bransliver (op. cité, 281 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".*

" internationales des biens, la lettre de crédit a récemment été utilisée pour toute
 " une série de buts, ainsi pour assurer le paiement des prêts de constructions, la
 " garantie de bonne exécution d'obligations et la garantie d'émission de papiers
 " commerciaux. En contraste avec sa fonction traditionnelle, la lettre de crédit
 " en ses développements les plus récents sert fréquemment comme une "guaranty"
 " et l'émetteur s'engage au cas où il serait appelé à honorer la lettre de crédit.
 " En accord avec cette évolution, cette forme de lettre de crédit est connue
 " comme une lettre de crédit "Stand-by" ou "Guaranty Letter of Credit" ce qui est le
 " cas ici." (37)

207. Les tribunaux américains notent toutefois soigneusement la distinction entre cette "guaranty" donnée sous forme de lettre de crédit et celle normale : "Une lettre de crédit qui sert à assurer la bonne exécution d'une obligation contractuelle d'autrui est appelée une "guaranty - letter of credit" ; à l'inverse de vrais contrats de garantie, la "Guaranty Letter of Credit" oblige son émetteur à payer à la présentation de documents spécifiés et "showing" (créant l'apparence) d'un défaut, plutôt que sur base d'une preuve de l'existence du défaut effectif.

Une "Guaranty letter of Credit" crée un engagement "primary" (principal)
sur base d'une obligation originale, engagement de payer dès présentation de
documents, tandis que le "contrat de guaranty" (entendu : cautionnement)
crée une obligation "secondary" sur base de l'obligation préexistante d'autrui,
obligation de payer dans le cas où autrui ne le ferait pas." (38)

(37). Outre l'arrêt *East Girard Saving Assoc. Central Nat. Bank and Trust Co.* déjà repris, reprennent la même réflexion, les arrêts. *Insurance Co. of North America v. Heritage Bank*, 595 F. 2d, 171 (1979) ; *Chase Manhattan Bank v. Equibank* 550 F. 2d, 882 (1977)

(38) *Bank of North Carolina v. The Rock Island Bank*, 570 F. 2d, 202 (1978) ; *Int. Leather* même expression 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 "secondarity" 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 la 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. cité, 280) Cfr. aussi sur ce point, les écrits d'Harfield.

Enfin on peut noter qu'un arrêt de la cour de l'Etat de New York, le 5 décembre 1978 (39), va jusqu'à reconnaître la validité d'une lettre de crédit bancaire qui n'est rien d'autre qu'un cautionnement. Le procédé est simple : en l'occurrence, le document réclamé par la lettre de crédit comme condition au paiement de la banque américaine était l'attestation par l'acheteur lui-même de la non exécution de sa propre obligation envers le bénéficiaire de la lettre de crédit, une firme vénézuélienne : "Le crédit documentaire exécutoire par attestations faites à la fois par l'acheteur et le vendeur et rendant compte du défaut d'exécution des obligations de l'acheteur est comparable à une "Bank Guarantee" donnée au vendeur en ce qui concerne les dommages qui naîtraient du défaut d'exécution de l'acheteur. Ce crédit protège le vendeur contre l'insolvabilité de l'acheteur mais non contre un litige contractuel entre acheteur et vendeur puisque : le crédit ne peut être appelé sans la coopération de l'acheteur." (40)

Ainsi, la lettre de crédit peut avoir une fonction équivalente à celle du cautionnement tout en ne perdant pas son essence, à savoir le principe selon lequel l'émetteur de la lettre, le banquier n'est en rien concerné par les difficultés relatives au contrat principal. C'est en effet l'application de ce principe qui est recherchée, par l'analogie en Angleterre, par la confusion aux Etats-Unis, de la garantie "automatique" ou "documentaire" et de la lettre de crédit. Nous allons en tirer les conséquences.

(39) *Corporacion de Mercadeo Agrícola. Mellon Bank Int.* 464 F. Suppl. 88 (1978) ; *Comp. Bank of North Carolina v. The Rock Island Bank*, 570 F.2d, 202 (1978) ou les juges notent : "Si la lettre de crédit requiert paiement dès présentation des documents spécifiés, elle doit être considérée comme valide plutôt que comme une "ultra vires guaranty" même si sa fonction est d'assurer le paiement de l'obligation d'autrui. Cependant, si la lettre de crédit requiert de son émetteur plus qu'un simple examen sur base de documents, elle est alors une "guaranty" émise illégalement par une banque."

(40) Des juges américains adoptent une position fort proche dans l'affaire *Wichita Eagle and Beacon Publishing Co. 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, il se réfère 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)" *Comp. avec l'approche allemande (supra n°166) où la qualification d'une sûreté personnelle est fonction du "domaine des risques" couverts.*

B. L'abstraction de la garantie "automatique" et ses limites dans les ordres anglo-saxons.

208. Wessely (41) dans sa thèse sur l'abstraction de l'accréditif faisait remarquer que l'indépendance de l'engagement né de l'émission d'une lettre de crédit, son abstraction, par rapport aux relations de valeur et de provision ne s'explique pas en Angleterre (42) par une quelconque théorie de l'acte détaché de sa cause. La cause a plutôt la "consideration" définie comme "Seriositätsindiz" permet d'expliquer l'abstraction de la lettre de crédit : " La consideration est ainsi
 " comprise non plus comme un correctif visant à l'équilibre des obligations
 " contractuelles ... mais est ramenée à un simple "Seriositätsindiz" qui existe dès
 " que le promettant suite à sa confiance dans la validité de l'engagement et par
 " son engagement avec le preneur de la promesse s'oblige à des mesures permanentes.
 " Cet élargissement de la doctrine de la considération (43) se retrouve non
 " seulement dans les décisions, elle a aussi un nombre important de défenseurs
 " vu qu'elle offre la possibilité de se libérer d'un carcan d'une institution
 " juridique archaïque et peu pratique et en particulier ne permettant en aucun
 " cas de solutionner valablement les problèmes posés.
 " Cela vaut pour l'obligation de la banque envers le bénéficiaire vu que l'exigence
"de la "consideration" ne conduit de cette façon à aucune dépendance de cette
"obligation des rapports fondamentaux."

(41) Wessely W., *Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag*, Thèse, Cologne, 37.

(42) 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 considération de l'engagement du banquier apéritur d'un crédit documentaire est 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 whether in fact there was any identifiable remuneration in a given case."

(43) A cet égard de façon générale sur l'évolution de la notion "consideration" lire Zweigert K., *Du sérieux de la promesse*, Rev. Int. dr. comp., 1964, 33 et s.

En d'autres termes, en Angleterre, la considération de l'engagement de l'émetteur de la lettre de crédit est envisagée comme le sentiment par ce dernier du caractère obligatoire de son engagement provoqué par l'adhésion à un mécanisme juridiquement valable. (44)

Ce mécanisme se caractérise précisément par l'indépendance de l'engagement du banquier par rapport aux relations de base. On connaît la phrase célèbre du Lordrichte Jenkins dans l'affaire *Hamzeh Malass and Sons v. British Imex Industries Ltd* (45) : "Nous nous sommes référés à de nombreuses autorités et il semble être pacifique que "l'ouverture d'une lettre de crédit constitue une convention (bargain) entre le "banquier et le vendeur de marchandises, qui impose au banquier une obligation "absolue de payer, sans égard aux litiges qui pourraient exister entre les parties... "Un système commercial a été construit sur le principe que les crédits confirmés "émis par les banquiers ont ce caractère et, à mon avis (in my judgement), ce "serait une erreur pour cette court d'interférer avec cette pratique établie."

- (44) *Comp. : "A man who makes a deliberate promise which is intended 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 with the buyer ."* (Denning L.J., in *Smith and Snipes Hall Farm Ltd v. Rever Douglas Catchment Board*. (1949) 2 K.B. 500, 513 ; repris in *Drive Yourself Hire Co (London) Ltd v. Strutt* (1954) 1 Q.B., 250, 269 et les nombreuses références données par Gutteridge - Megrah, *The Law of Bankers commercial Credits*, London 1979, 26 et s.)
- Comp. Harfield H., Bank Credits and Acceptances*, New York, 5e éd., 1974, 53 : "The approaches and rationales were various but the weriters 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!"
- (45) *Hamzeh Malass v. British Imex Ind. Ltd.*, (court of Appeal), (1958) 2 Q.B., 127 ; (1958) 2 W.L.R., 100 ; (1957) 2 Lloyd's Rep., 549.
- Comp. : "It would be a calamity to the business world engaged in transactions of the kind mentioned in the complaint if for every breach of a contract between buyer and seller a party may come into a court of equity and enjoin payment of drafts drawn upon a letter of credits issued by a bank "* (Greenbaum J., in *Frey v. Sherbourne and Nat. City Bank*, (1920) 193 App. Div., 849).

209. Le principe de l'indépendance de la signature de l'émetteur d'une lettre de crédit apparaît donc comme une norme de droit coutumier (46) consacrée en outre par la loi américaine (47) et les règles et usances de la C.C.I. (48). La confusion ou l'analogie de la lettre de crédit et de la "garantie automatique" visent donc à permettre l'extension de cette norme coutumière de la lettre de crédit à la seconde institution.

Ce raisonnement est évident à la lecture des arrêts anglais. Citons ainsi, l'avis du juge Roskill dans l'affaire *Howe Richardson Co Ltd v. Polimex Cekop* (49) : "La banque, en principe, est dans une position non point identique mais très "proche de la position de la banque qui a ouvert un crédit irrévocable. Que "l'obligation de la banque naisse d'une lettre de crédit ou d'une garantie, l'obligation de la banque consiste à exécuter ce qui est prévu dans le contrat particulier "et cette obligation ne dépend en rien de la solution correcte du litige, ni de "l'exécution suffisante des obligations du vendeur envers l'acheteur ou inversement "de celles de l'acheteur envers le vendeur comme elles ont été fixées par le contrat "d'achat vente."

La déclaration du juge Kerr dans l'affaire *Harbottle* (50) est plus nette encore "Ce n'est que dans des cas exceptionnels que les tribunaux interféreront "avec le mécanisme des obligations irrévocables assumées par la banque. De telles "obligations sont "la vie et le sang" (life-blood) du commerce international, elles "sont considérées comme le complément (collateral) des droits et obligations entre "marchands assuré par l'intervention des banques....

(46) A cet égard, les conclusions de Wessely, *op cité*, n°I36.

(47) Sect. 5 - II4 al I. UCC : "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."

(48) Point c) des dispositions générales de la CCI : "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).

(49) *Howe Richardson Co Ltd v. Polimex Cekop and Nat. West. Bank Ltd* (Court of Appeal) 2 Lloyd's Rep., 161, Roskill L.J.

(50) *R.D. Harbottle Ltd v. Nat. Westminster Bank Ltd*, 3 W.L.R., 1977, 752, Kerr J. ; Comp. Harfield H. , *Enjoining Letter of Credit Transactions*, 95 Banking Law Journ., (1978), 596 et la déclaration de Lord Denning in *Elia Another v. Matsas and Others* : "A Bank Guarantee is very much like a letter of Credit. The courts will do their utmost to enforce it according to its terms. They will not, in the ordinary course of things, interfere by way of injunction to prevent its due implementation."

"Les juges laisseront les marchands régler leurs litiges contractuels par voie judiciaire ou arbitrage comme prévu dans leur contrat.... Le mécanisme et les accords bancaires sont d'un niveau (level) différent. Autrement, la confiance, dans le commerce international, serait irréparablement endommagée....."

L'abstraction de la lettre de crédit est donc étendue à la garantie. "Un principe légal fondamental en ce qui concerne les lettres de crédit et consacré à la fois par le code de commerce des Etats-Unis et les règles et Usances est que la lettre de crédit est un contrat séparé de la convention de base et, en conséquence, les droits de l'émetteur et du bénéficiaire sur base de la lettre de crédit sont déterminés uniquement par les termes de la lettre de crédit et ne sont pas affectés par l'exécution ou non exécution du donneur d'ordre, émetteur ou bénéficiaire de leurs obligations respectives nées des conventions de base et de leur exécution." (51)

210. Les décisions américaines et anglaises appliquent à de multiples reprises ce principe de l'abstraction. Les difficultés du contrat de valeur (52), la simple affirmation du donneur d'ordre selon laquelle il a bien exécuté ses obligations (53), les récriminations de celui-ci sur base d'une mauvaise exécution de la part du bénéficiaire de ses propres obligations (54) voire

(51) *Arnold-Bransliver, The Standby Letter of Credit -- The Controversy continues*, 10 UCCLJ., (1978) 274 in fine

(52) "La clé de l'originalité de la lettre de crédit et la source de sa vitalité commerciale réside dans le fait que la promesse émise est indépendante des contrats à l'origine." (Pringle Assoc. Mortgage v. Southern Nat. Bank of Hattiesburg, 571, F. 2d, (1978) 871.

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

(54) "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 Technologies Corp. v. Citybank N.A.*, 469 F. Supp. (1979), 473) La possibilité que le donneur d'ordre ne soit pas capable de recouvrer auprès du bénéficiaire la somme payée ne le rend cependant pas apte à empêcher le bénéficiaire dans sa poursuite contre 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))

la saisie d'un tribunal pour trancher de tels litiges contractuels (55) ne peuvent motiver le refus de la banque de payer. Le cas anglais *Edward Owen Engineering Ltd v. Barclays Bank* (56) mérite d'être signalé. Le bénéficiaire de la garantie appelait la garantie d'exécution (Performance Bond) d'une opération pour laquelle il se refusait à ouvrir la lettre de crédit prévue au contrat relative à la couverture de ses propres obligations (57).

Le donneur d'ordre réclama du juge l'interdiction de tout paiement de la garantie. Le juge refusa : "Le "Performance Bond" est une création nouvelle. Il présente maintes ressemblances avec la lettre de crédit, avec laquelle nous sommes plus familiers. Il est en effet établi depuis longtemps que lorsqu'il y a crédit émis et confirmé par une banque, la banque doit payer si les documents sont en ordre et les termes du crédit remplis. Toute dispute entre l'acheteur et le vendeur doit être réglée entre eux. La banque doit honorer la lettre de crédit..."

Quant aux litiges relatifs au contrat entre le donneur d'ordre et la banque le juge ne peut en tenir compte. Dans l'affaire américaine *Chase Manhattan Bank V. Equibank* (58), le juge refusa de tenir compte du fait que l'émetteur ne pouvait se retourner contre le donneur d'ordre, le contrat d'ouverture de crédit ayant pris fin au moment de l'appel à la garantie.

211. L'analogie avec le crédit documentaire justifie donc l'abstraction de la lettre de crédit. Elle en dessine aussi les limites : "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)⁽⁵⁹⁾ ou évidente connue (60) de la banque." (61)

(55) *KMW. Int. v. Chase Manhattan Bank*, 606 F 2d. 10 (1979) (appel à une décision judiciaire fait) *Howe Richardson Scale Co Ltd v. Polimex Akop and Nat. West. Bank*, 2 Lloyd's Rep. 161 (1977).

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

(57) et qui figurait même comme condition suspensive à la conclusion du contrat (Comp. avec la décision française, étudiée infra N°248 où le crédit documentaire ouvert n'était pas payé malgré la présentation de documents conformes)

(58) *Chase Manhattan Bank v. Equibank*, 550 F 2d 882 (1977)

(59) Il s'agit ici de refuser le paiement à un bénéficiaire déjà condamné par une juridiction judiciaire ou arbitrale. De tels cas sont bien évidemment rares (Pour le crédit documentaire, un seul cas à signaler à notre connaissance BGH 24 avril 1958 W.M., 1958, 696)

(60) Nous verrons que le qualificatif "connu" n'est pas repris dans les jurisprudences des autres ordres juridiques, infra n° , nos conclusions à ce propos.

(61) Avis de Lord Denning in *Elion and Another v. Matsas and Others*, (1966) 2 Lloyd's Rep. 495-497 repris in *Edward Owen v. Barclays Bank* déjà cité.

De nombreux arrêts tant anglais (62) qu'américains (63) reprennent cette exception à l'abstraction de la lettre de crédit et l'applique à la garantie "automatique". Ils lui donnent la même interprétation restrictive : "il n'est plus suffisant d'alléguer la fraude ; elle doit être "établie" et je dirais même clairement établie. Les événements récents d'Iran allaient permettre aux tribunaux américains (63 bis) de préciser au moins négativement ce qu'il faut entendre par "fraud in transaction".

Un premier arrêt *United Tecnologics Corp. v. Citibank N.A., Iranians ' Bank and Telecommunications Cy of Iran* (64) concernait les faits suivants : le garant iranien exige, à plusieurs reprises, du contregarant américain l'extension ou l'exécution de la "guaranty letter of credit", les événements d'Iran empêchant toute exécution de la convention de base. Les juges sont saisis par le donneur d'ordre qui réclame préventivement une interdiction faite à la banque de payer. Le juge refuse d'octroyer l'injunction. Son raisonnement est le suivant : "La question est de savoir s'il y a "fraud in transaction".... "

"La lettre de crédit ne constitue pas un instrument négociable... La bonne foi du bénéficiaire (au contraire de la bonne foi d'un endossataire d'une traite) s'apprécie non pas au moment de l'acceptation de la lettre de crédit, sa bonne foi à ce moment là est irrelevante (65) (mais au moment de la demande en exécution)"

(62) *Pour la garantie "Standby" 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). etc.. De façon générale pour le crédit documentaire, lire *Gutteridge-Megrah*, op. cité, 57 et s.

(63) *Pour la "Guaranty Standby Letter of Credit " américaine:*

"Les circonstances qui justifient une injonction.. sont limités aux cas de fraude dans lequel l'appel à tort du bénéficiaire a à ce point vicié la transaction - que le désir légitime d'indépendance ne serait plus suivi" (*Intraworld v. Girard Trust*, 461 Pa 336 A 2d, 316 (1975))

(63 bis) Nous n'avons repris que les deux arrêts "iraniens" les plus importants. Cfr en outre les arrêts *Harris Corp. v. Bank Melli Iran*, 79 C.560 (N.D.Ill.Mar.22, 1979); *Harris Int. Telecommunications Inc. v Bank Melli Iran*, 79 Civ. 802 (S.D.N.Y., Feb. 22, 1979) ; *American Bell Int. Inc. v. Manufacturers Hanover Trust Co* (Sup. Ct. N.Y. Mar. 26, 1979). Les deux premières décisions accordèrent à la banque américaine un délai de 10 jours pour examiner la demande iranienne, la dernière refusant une interdiction de paiement réclamée. Sur ces décisions, *Rendell R.S., The Iranian revolution continues in the courts, Euromoney*, juin, 1979 ;

(64) 469 F. Suppl. 473 (1979)

(65) ce qui condamne ou du moins restreint l'analogie avec l'engagement cambialaire à laquelle se réfèrent certains auteurs (infra n°253) 73 et s.

Ce premier point réglé, le juge s'interroge : les événements d'Iran constituent un risque politique qui sort "du déroulement normal" de l'opération économique garantie, un tel risque est-il pris en charge par la lettre de crédit, de telle sorte que sa survenance ne puisse remettre en question le devoir de paiement de la banque ? La réponse est tirée de précédents en matière de crédit documentaire (guerre sino-japonaise) (66) : "en accordant l'interdiction demandée, le tribunal ne ferait rien d'autre que permettre à l'acheteur d'écarter un risque qu'il était d'accord d'assumer ou en d'autres termes, de l'autoriser à rompre son contrat..." La garantie "automatique" doit couvrir de même ce risque.

Le même raisonnement est mieux mis en évidence encore par la seconde décision KMW Intern. v. Chase Manhattan Bank. Les faits à l'origine de la décision sont les mêmes. Le juge refuse de même l'injonction demandée : "Quand un contractant entre en relation contractuelle avec l'administration iranienne, il assume les risques propres aux transactions internationales, ceci inclut les risques et hasards de la politique internationale. Toute injonction préventive débarassant la banque de la charge de ce risque en lui enjoignant de ne pas payer sur base de la lettre de crédit irait à l'encontre du sens de la transaction... la banque émettrice ne peut refuser de payer la lettre de crédit sous couvert d'illégalité survenante, d'impossibilité de guerre ou d'insurrection". (67)

Ainsi, pour reprendre l'expression déjà développée par la jurisprudence allemande (68), le risque politique lié à l'exécution de l'opération d'autrui appartient au domaine des risques couverts (Risikobereich) par la clean "guaranty letter of Credit", c'est à dire la garantie automatique.

(66) *Nadler v Mei Loong Corp. of China*, 177 Misc 263, 30, NYS, 2d, 323
(libération de la banque apériteur d'un crédit documentaire)

Grob v. Manufacturers Trust Co, 177 Misc, 45, 29, NYS, 2d, 916 (non libération)

(67) 606 F. 2d 10 (1979) ; Comp. le cas Lybien - *Edward Owen v. Barclays Bank* (déjà cité) où les juges anglais ont décidé de même et le cas iranien récent.

(68) *supra* n°166.

Une autre décision américaine mérite d'être signalée à cet égard. Dans l'affaire *Prudential Ins. Co. V. Marquette Nat. Bank* (69), la banque se refusait à payer le bénéficiaire parce que l'opération garantie était illégale (70). La cour refusa l'objection bancaire : "elle estime que le contrat du donneur d'ordre avec le bénéficiaire reste indépendant des obligations de la banque comme émetteur de la lettre de crédit et l'illégalité alléguée à savoir le "commitment standby fee" n'est pas un moyen de défense susceptible d'être opposé par la banque dans cette action."

Ainsi, la "Guaranty Letter of Credit" couvrirait de même certains risques d'illégalité de l'opération économique.

Cette dernière précision nous autorise à conclure notre analyse de la nature juridique de la garantie automatique dans les droits anglo-saxons.

(69) 419 F. Supp. 734 (D. Minn. 1976)

(70) Il s'agissait de la garantie de bonne fin donnée pour un prêt relatif au paiement d'une "Commitment Standby Fee" dont l'illégalité n'est pas contestée par le tribunal.

C. Conclusions

212. 1. La "garantie bancaire" automatique même délivrée sous forme de "letter of credit" représente une sûreté personnelle. Même les juges américains ont progressivement mis en évidence la fonction de garantie que jouait exclusivement la "Guaranty Letter of Credit" par opposition aux formes normales de lettres de crédit.

2. La nature juridique de cette sûreté personnelle se confond ou du moins est analogue avec celle du crédit documentaire.

3. En particulier, elle partage avec cette institution le même degré d'abstraction.

4. L'abstraction de la garantie automatique se fonde sur une règle coutumière née des exigences du commerce international, qui consacre l'absolue indépendance des engagements du banquier tant par rapport à l'opération économique garantie que par rapport à l'ouverture de crédit dans laquelle l'émission de la garantie trouve son origine.

5. Le sens même du mécanisme de la "garantie automatique justifie la prise en charge par le garant des risques politiques et de certains risques d'illégalité, risques liés à l'opération d'autrui.

6. Une limite de l'abstraction de l'engagement du banquier compatible avec le sens même de la garantie automatique est le cas de fraude établie ou évidente connue de la banque.

L'ordre juridique allemand parvient aux mêmes conclusions mais par une autre voie comme nous allons le montrer.

§ 2 . LES ORDRES GERMANIQUES.

213. La garantie automatique bancaire a été - nous l'avons relevé (71) - dans les ordres germaniques l'occasion de moultes développements et précisions relatives au "contrat de garantie" à tel point qu'on doit reconnaître que toute la doctrine germanique récente du "contrat de garantie" s'est construite à propos de cette forme particulière. Il nous suffira donc de rappeler les principes mêmes du contrat de garantie que nous avons tracés au chapitre II et de démontrer leur effective application au contrat bancaire.

Le contrat de garantie, rappelons-le, se définit dans la littérature classique germanique comme la sûreté personnelle non accessoire par opposition au cautionnement. Or, précisément, la garantie automatique délivrée par les banques se caractérise par l'indépendance de l'engagement du banquier garant à l'égard des aléas et incertitudes de l'opération garantie. Il n'est pas étonnant dès lors que les ordres allemands, autrichiens et suisses aient trouvé, dans le contrat de garantie, la figure juridique explicative de l'opération bancaire en question.(72)

(71) *supra* n°125

(72) Ainsi, not. en doctrine allemande, Ratz P., H.G.B. Grosskomm., T.III (1968) § 349, Ann. 9I ; Soergel-Siebert, BGB Komm. T. III, (1969), Bem.29, vor § 765 ; Auhagen V., Der Garantie einer Bank, op.cité, 38 ; Lieseke W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 24 ; Stötter V., Das Garantieverprechen, D.B., 1971, 2145 ; Schönle H., Bank und Borsenrecht, § 28, II, 34I ; Pleyer K., Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel, W.M., 1973, 8 ; etc...
en doctrine suisse : Oftinger K., Ueber Bankgarantien, SJZ, 1941, 59 ; Kleiner B., Bankgarantie, op cité, 2I ; Gillieron P.A., Les garanties personnelles, op. cité, 2II et s.
en doctrine autrichienne : Schinnerer E., Bankverträge, T. II, 212 et s.

Ainsi, tous les auteurs germaniques s'accordent pour ranger la garantie bancaire automatique dans les contrats de garantie. "La garantie bancaire est un cas particulier (Sonderfall) du contrat de garantie" (73) En d'autres termes, la garantie bancaire appartient au genre contrat de sûreté personnelle et rejoint au sein de ce genre, l'espèce : "sûreté personnelle non accessoire" dont il a les différentes caractéristiques. Le point de départ de la réflexion allemande est donc bien différente de celui de la littérature anglo-saxonne.

A. L'appartenance au genre: la garantie bancaire est un contrat de sûreté personnelle.

214. La décomposition de l'assertion oblige à la démonstration de deux propositions :

- 1°) La garantie bancaire "automatique" est un contrat
- 2°) La garantie bancaire "automatique" est une sûreté personnelle.

Si le second point a déjà fait l'objet de nos remarques lors de notre étude de la distinction "contrat de garantie" - crédit documentaire (74), le premier point mérite un court développement. Si la pratique de la garantie comme de la contre garantie confirme que l'engagement du garant comme au contre garant a généralement pour support l'envoi d'un télex au contregarant ou bénéficiaire, l'émission de la garantie ou contregarantie peut aussi se faire par l'envoi d'une lettre de garantie. (75)

La question dès lors posée dans ce second cas est celle de la nature contractuelle ou non de l'engagement. La solution a en effet une influence sur le moment de la naissance de l'obligation du garant envers le contre garant ou le bénéficiaire.

- (73) OGH 23 fév. 1977, Jur. Bl., 1978, 204 ; même réflexion in OGH 4 mai 1977, OGH 1977, 1977, n°66. Il est remarquable de constater que la jurisprudence autrichienne évoque toujours le type particulier "garantie bancaire" et ne se contente pas d'une référence au "contrat de garantie" non accessoire.
- (74) supra n°127 la distinction entre la *Zahlungsfunktion* de l'accréditif et la "*Sicherungsfunktion*" de la garantie.
- (75) Remarquons que le télex fait souvent allusion à l'envoi d'une lettre pour confirmation.

Est-il engagé par sa simple volonté unilatérale dès l'émission de la garantie, ne peut-il l'être que par l'acceptation du texte de la garantie par le contre-garant ou bénéficiaire ?

La question que nous retrouverons posée en droit belge et français (76) trouve en droit germanique la solution suivante : "La garantie est un acte bilatéral (Zweiseitiges Rechtsgeschäft), un contrat (unilatéral) ; elle nécessite la volonté des deux parties. La conclusion du contrat naît en principe de l'acceptation tacite (Stillschweigend Annahme) de la déclaration de garantie considérée comme offre." (77)

Cette construction contractuelle par acceptation tacite du bénéficiaire trouve sa justification dans divers articles des codes allemand (§151 BGB), Suisse (art. 6 O.R.), autrichien (§862 ABGB) qui prévoient, pour reprendre l'expression du législateur suisse : "lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable." La solution contractuelle déjà affirmée pour l'engagement du banquier apéritur ou confirmateur d'un crédit documentaire (78) s'appuie bien évidemment autant sur les usages du commerce international en matière bancaire (79),

(76) *infra* n°254

(77) Kleiner B., *Bankgarantie*, op.cité, 24 et 142 ; Cfr aussi Giovandi S., *Berner Komm.*, OR art. 492, n°50 et 53 ; Canaris K.W., *Bankvertragstrecht*, Ann. 513 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, 3e éd., 301 et 302 ; Ratz P., *HGB Gross Komm.*, § 349, Ann. 36 ; Lieseke W., *Rechtsfragen*, W.M., 1968, 22 ; Schönle M., *Bank und Borsenrecht*, § 27, II ; Pleyer K., *Die Bankgarantien im Zwischens-taatlichen Handel*, op.cité, 13

(78) Zahn J., op. cité, 73 ; Godin (von) RGRKHGB, *Gross. komm.*, Anh. I zu § 365, Ann. 41 ; Schinnerer E., *Neufassung des Einheitlichen Rechtlinien*, Ost. B. Arch., 1962, 249 ; Käser J., *Das Dokumentenakkreditiv im Anglo-Amerikanische Recht*, ZAIP, 1956, 184 ; etc..

(79) Les § 151 BGB, Article 6 OR et § 862 ABGB autorisent d'ailleurs expressément cette référence.

que sur la méfiance viscérale des ordres germaniques (80) à l'égard de la face obligatoire de l'acte unilatéral.

L'explication belge fondée au contraire sur l'acte unilatéral nous fournira l'occasion de revenir sur cette question de la nature contractuelle ou non de l'engagement du garant bancaire.

B. La garantie bancaire "automatique" est un "contrat de garantie"

215. L'appartenance de la garantie bancaire en question au "contrat de garantie", sûreté personnelle par essence non accessoire par opposition au contrat de cautionnement entraîne l'application des principes de la lecture dichotomique à la garantie bancaire. Nous relevions même que la plupart des principes de cette lecture ont été affinés ou mis en évidence à l'occasion de réflexions relatives à la garantie bancaire (81). Nous voudrions ici rappeler brièvement ces principes, démontrer leur application à la garantie bancaire et nous attacher à quelques critiques relatives à ces divers points, critiques qui s'ajouteront à celles déjà faites lors du second chapitre.

(80) *directement inspiré d'ailleurs du BGB dont le § 305 précise : "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*, München, II^o éd., 1975, 36 ; Heck Ph., *Grundriss des Schuldrechts*, Tübingen, 2e éd., 1929, § 4I I.C. ; Canaris K.W., *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München, 1971, § 2I, 234 et s. Voyez aussi Rieg A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, n^o432 et s. ; Dabin L., *Fondements du droit cambiaire allemand*, Thèse, Liège, 1959, n^o202.

(81) Ainsi l'arrêt OGH 15 oct. 1964 (Jur. Bl., 1965, 262) avait servi de point de départ à notre construction dichotomique (*supra* n^o134).

1. La garantie bancaire automatique ne se voit appliquer aucun des prescrits du cautionnement.

216. La lecture dichotomique germanique aboutissait à refuser au contrat de garantie le bénéfice des dispositions législatives prévues pour le cautionnement. (82) Cette conséquence ne correspondait ni à la ratio legis de ces dispositions, ni même à la volonté du législateur (83).

Il est exact que la plupart des auteurs (84) se contentent de reprendre le principe dichotomique pour justifier l'exclusion automatique des prescrits du cautionnement à la garantie bancaire automatique.

On songe en particulier aux règles de la subrogation, de prescrit de forme, de la libération de la caution pour fait du créancier etc... Ainsi Pleyer (85) écrit à propos de l'exclusion de la subrogation au cautionnement : "Vu que la garantie à l'opposé du cautionnement n'est pas accessoire, il est souvent accepté que la règle du cautionnement ne s'applique pas à la convention de garantie... Cet argument formel me convainc peu, ajoute-t-il alors". Nous reprendrons à notre compte cette dernière remarque. La radicale parenté (86) de toutes les formes de sûretés personnelles interdit, à notre avis, l'exclusion automatique des règles relatives au cautionnement, elle ne conduit pas non plus, à l'inverse, à l'application automatique des règles relatives au cautionnement. Entre ces deux positions, prévaudra la voie médiane, la solution fondée sur la compréhension exacte de la fonction de la garantie automatique bancaire dans le commerce international selon le raisonnement synthétique italien.

(82) *supra* n°I36 et s.

(83) *Sur ces critiques, supra* n°I38.

(84) Dans la jurisprudence, relevons : L.G. München 24 mai 1971, RiW/AWD 1972, I96 : "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, en faveur d'une exclusion quasi automatique, Palandt O., BGB Komm., 36e 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 II2 ; Soergel-Siebert, BGB Komm., Vorb 36 vor § 765 ; etc....

(85) Pleyer K., Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel, op.cité, I5/

(86) "Radikale Verwandtschaft" selon le mot de Heck.

C'est ce dont s'aperçoit la doctrine allemande et autrichienne la plus récente. L'exclusion ou l'application des prescrits du cautionnement s'appuient progressivement sur d'autres arguments que celui donné par le principe de la lecture dichotomique (87).

217. Ainsi l'exclusion de la forme écrite prévue pour le cautionnement dans les ordres germaniques se justifie dans le cas de la garantie délivrée par la banque par le fait que l'émetteur étant commerçant ne doit pas bénéficier de la protection destinée à la caution privée (88).

Ensuite, la fonction de la garantie bancaire "automatique" délivrée dans le commerce international à la fois comme "standart uniforme" du commerce international et comme "traduction de la nécessaire liquidité de la sûreté personnelle" interdit l'application du prescrit libérant la caution pour perte fautive de sûretés par le créancier. (89) Un tel prescrit n'existe pas dans tous les pays et son contenu peut varier. En outre, un tel prescrit, dans la mesure où il permet au garant de retarder voire d'empêcher l'exécution de la garantie automatique en alléguant d'éventuelles fautes du créancier dans la sauvegarde de ses droits, ruinerait la fonction même de l'institution.

Quant à la question de la subrogation liée à la celle précédente, nombreux sont les auteurs (90) à affirmer son applicabilité à la garantie. "En réalité" la situation économique dans le cas ici considéré, n'est-elle pas proche de celle du cautionnement ?

- (87) Tous les auteurs récents adoptent la formule adoptée par les jurisprudences et doctrines relatives au "Garantievertrag" : "Ne sont exclus d'application analogique au contrat de garantie que les prescrits du droit du cautionnement qui expriment directement le principe d'accessorité ou dans lequel se déduisent les conséquences de l'accessorité", ainsi Marschall v. Bieberstein W., *Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr in D. A. und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr*, op. cité, 27 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 505 ; Von Caemmerer E., *Bankgarantien im Aussenhandel*, F. für O. Riese, 305 ; Finger P., *Formen und Rechtsnatur der Bankgarantien*, B.B., 1969, 209 ; Von Westphalen F., *Rechtsproblemen der Exportfinanzierung*, Heidelberg, 1975, II 8 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 2e éd., 222
- (88) Ratz P., *HGB Gross komm.*, Anm 9I, § 349 ; Käser J., *Garantieversprechen als Sicherheit in Handelsverkehr*, Rabels Z., 619 ; Marschall v. Bieberstein W., op. cité, 32 ; Von Caemmerer E., *Bankgarantien im Aussenhandel*, op. cité, 306.
- (89) Sur la non applicabilité du § 776 BGB, Pleyer K., *Die Bankgarantien*, op. cité, 20 ; du même auteur, *Rapport sur la garantie contractuelle en droit allemand*, actes du Colloque de Tours, Paris 1980.
- (90) Outre les auteurs cités supra n°137, citons la position négative de Schinnerer (*Bankverträge*, T. II, 215 et 249) et celle positive de Pleyer (*Die Bankgarantie im Zwischenstaatlichen Handel*, W.M., 1973, 16) qui, "à toutes fins utiles, conseille tout de même au garant la cession des droits éventuels du bénéficiaire contre le donneur d'ordre".

Une obligation étrangère doit être garantie, le garant n'entend pas prêter définitivement mais seulement pour le compte d'autrui chez qui il cherchera alors satisfaction.... Certes cela présuppose qu'une créance du bénéficiaire existe contre le débiteur principal. La garantie couvre des cas dans laquelle cette créance fait défaut... Il est évident qu'alors ne peut être transmis (par subrogation) aucun droit." (91). Bref, la garantie "automatique" comme sûreté personnelle pour l'opération d'autrui, peut se voir appliquer la règle de la subrogation pour autant que le garant prouve qu'effectivement il a payé la dette d'autrui (92).

En conclusion, les auteurs germaniques s'écartent progressivement du raisonnement qui mettait sur le même pied toutes les formes de sûretés personnelles non accessoires. La prise en considération de la spécificité de la garantie automatique dans le commerce international devient le seul guide de leur recherche et le même raisonnement téléologique peut conduire à des résultats différents pour d'autres "contrats de garantie" (93) tels le cautionnement d'un incapable, voire la garantie automatique dans le commerce national (94).

(91) Pleyer K., *Die Bankgarantie im Zwischenstaatlichen Handel*, art.cité, 20.

(92) Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 3e éd., 294 ; Koziol H., *Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil.*, 1976, I, 245.

(93) A cet égard, les conclusions de Mauvede à propos du cautionnement avec renonciation au bénéfice de la transaction. Cet auteur (note sous OLG Francfort 22 oct. 1974, B.B., 1975, 985) applique à un tel contrat de garantie à peu près tous les prescrits relatifs au cautionnement.

(94) Ainsi, deux décisions, (BGH 9.5.1963, BGHZ 39, 319 ; BGH. II mars 1965, W.M., 1965, 578) appliquent à la "caution" douanière "à première demande" le § 774 BGB. Il n'est pas évident en effet que le principe de l'exclusion quasi générale des prescrits sur le cautionnement nécessaire pour assurer le caractère de "standart - international" à la garantie à première demande doit être étendu à la garantie "à première demande" dans le commerce national.

2. La garantie bancaire "automatique" est un acte abstrait.

218. Nous avons déjà amplement développé les différentes théories de l'acte abstrait qui ont été évoquées en droit allemand à propos de la garantie "automatique" : thèse de la promesse de paiement abstraite (§ 780BGB), thèse de l'assignation (§784BGB), thèse enfin de l'acte abstrait "sei generis" (95). Nous avons aussi noté la thèse de la nature causale de la garantie automatique (96) défendue à l'encontre de la thèse majoritaire allemande par Kübler. Sans éluder cette question (97) nous voudrions dans un premier temps étudier plus particulièrement la question des limites de l'abstraction des garanties "automatiques" bancaires délivrées dans le commerce international.

En effet, l'abstraction, au sens technique, signifie le degré d'indépendance de la validité et de l'efficacité d'un acte juridique par rapport à la validité et à l'efficacité d'autres actes juridiques économiquement liés à ce premier acte juridique. Quel degré et quelles limites sont reconnus à la garantie "automatique" dans les droits germaniques ?

Nous montrerons alors comment les théories de l'acte abstrait et de la cause ont chacune de leur côté tenté d'expliquer ce degré et ces limites.

219. Quelques décisions jurisprudentielles consacrent cette indépendance du contrat de garantie par rapport au contrat principal garanti. On connaît l'expression célèbre du Landsgericht de Francfort (98) : "Puisque l'engagement de la banque de payer à première demande du créancier de leurs clients doit dans le commerce allemand autant que dans le commerce international remplacer le versement d'un dépôt d'argent comptant (Bargeld) ou de traites et sert à la garantie absolue d'un paiement en toute hypothèse sans qu'il soit question des exceptions que le débiteur du paiement, client de la banque voudrait et pourrait opposer. Si une banque a ainsi promis le paiement au premier avertissement selon lequel son client n'aurait pas payé, elle doit s'acquitter sans considérer en aucune manière les exceptions qui pourraient exister dans le chef de son client."

(95) *supra* n°141 et s.

(96) *thèse défendue par Kübler et Schönle, supra* n°147.

(97) *Cfr. notre solution en droit allemand, infra* n°227 et nos conclusions, *infra* n°286.

(98) *L.G. Francfort* 16 nov. 1962, *NJW.*, 1963, 450.

Le Landsgericht de Munich le 24 mai 1971 (99) ne décide pas autrement lorsqu'il affirme : "Vu que la garantie est indépendante de la dette principale, il importe peu qu'il existe un droit à réclamation ou de compensation pour le donneur d'ordre et qu'il y ait eu un appel à l'arbitrage."

Notons la décision de l'Oberste Gerichtshof autrichien du 23 février 1977 (100): "la garantie bancaire est un cas particulier du contrat de garantie (101). Elle est un contrat obligatoire unilatéral qui en principe doit assurer la prestation d'un tiers généralement un client de la banque au profit d'un bénéficiaire de façon telle que ce dernier soit assuré que la prestation ou du moins un montant fixé en argent par le contrat lui sera versé en tout cas et ceci non seulement lorsque le tiers garanti n'a pas presté en violation du contrat mais aussi lorsque la dette de ce "débiteur" n'est pas née ou est déchue... La banque ne peut faire valoir aucune exception tirée des relations entre donneur d'ordre et bénéficiaire, vu que c'est le sens d'une telle garantie de détacher l'obligation de la banque du rapport causal."

Enfin, la décision du 4 mai 1977 (102) du même tribunal nuance le principe : "l'autonomie propre au contrat de garantie se conçoit seulement par rapport à l'obligation du garanti et pas par rapport à la présence de faits qui sont significatifs pour le rapport juridique qui doit être garanti. Il correspond au but de la garantie d'être en principe dépendante de l'existence de faits déterminés en fonction de l'autre rapport juridique (par exemple, preuve de la livraison de la marchandise, objet du contrat de livraison). Une telle dépendance ne fonde cependant pas l'accessoriété de l'obligation du garant" (103)

(99) L.G. München 24 mai 1971, RiW./AWD., 1972, 196.

(100) OGH 23 fév. 1977, Jur. Bl., 1978, 204. LG Lubeck 27 juin 1977, M.D.R., 1978, 53.

(101) A remarquer cette prise de conscience dans la jurisprudence autrichienne du caractère non univoque du "contrat de garantie".

(102) OGH 4 mai 1977, OGHE 1977, N°66

(103) Nous exprimerons ce point de vue de la décision autrichienne en affirmant que la cause formelle de la garantie automatique implique nécessairement l'existence d'une opération à garantir (cause matérielle) pas nécessairement d'une obligation" (Cfr, infra n°280)

220. L'allusion à cette dernière décision introduit naturellement la question des limites de l'abstraction développées par la jurisprudence. Nombre de décisions (104) - et certaines parmi celles citées (105) - rappellent : "Il est évident que d'autres principes doivent valoir en cas de comportement frauduleux (Betrügerische Verhalten) du bénéficiaire" (106). La décision autrichienne du 4 mai 1977 (107) précise cette exception : "Quand la demande de la prestation garantie présente un abus, alors seulement est ouvert à la banque le droit de refuser le paiement. Mais qu'on ne s'y méprenne pas, le seul fait que le donneur d'ordre affirme que l'appel à la garantie est fait à tort d'après la convention entre lui et le bénéficiaire, ne laisse pas de soi apparaître l'abus de droit. Si la banque, à l'inverse, a des moyens de preuves "liquides et évidents" (liquide und eindeutige) que le cas de la garantie n'est pas arrivé ou que le droit à assurer par le contrat de garantie n'existe pas juridiquement dans le chef du bénéficiaire alors il y a abus évident lorsque le bénéficiaire réclame le paiement. Dans l'intérêt de la sécurité du commerce, il faut réclamer que la fraude soit évidente."

221. Deux décisions allemandes illustrent ces restrictions apportées à l'exception de fraude. Une ordonnance de référé du 29 novembre 1979 (108) rejette la demande faite par le donneur d'ordre bloquant le paiement du contre-garant. Le donneur d'ordre faisait pourtant valoir l'existence de certificats sanitaires (109) qui excluait que la marchandise - en l'espèce des animaux - ait été contaminée comme l'affirmait le bénéficiaire, lors de demande de paiement. Le motif de rejet s'appuie

(104) "De simples divergences entre client de la banque et bénéficiaire ne peuvent ici suffire, la banque ne peut refuser que lors de demandes manifestement non valables (Offensichtlich unberichtigte Anforderungen)." (OLG Stuttgart 25.1.1979 RiW/AWD 1980, 729) ; OLG Hambourg 7 juillet 1977, W.M., 1978, 260 (à propos d'une garantie "documentaire")

(105) La doctrine germanique est unanime à ce propos, lire entre autres, Von Caemmerer E., *Bankgarantien im Aussenhandel*, Festschrift für O. Riese, 1964, 304 ; Finger P., *Formen und Rechtsnatur der Bankgarantie*, B.B. 1969, 208. Pleyer K., *Die Bankgarantien*, W.M., 1973, 12 et 18 ; Nielsen J., *Bankrecht und Bankpraxis*, T. II, Köln, 1979, N°5, 170 ; etc... Comp. à propos de l'accréditif, Eisemann-Eberth, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr*, 1979, 2e éd., 167-180.

(106) OLG Francfort 12 fév. 1974, W.M., 1974, 956. Comp. OGH. 23 fév. 1977, Jur. Bl., 1978, 204. "L'exclusion des exceptions n'a qu'une limite, celle de la bonne foi (Treu und Glauben). Ce principe s'oppose à une demande frauduleuse de la garantie par le bénéficiaire.

(107) OGH 4 mai 1977, OGHE 1977, n°66

(108) Ord. de référé L.G. Francfort 29 nov. 1979, inédit reprise et commentée par Döhm J., contre garantie et injonction de ne pas payer, DPCI, 1980, 262 et s.

(109) L'exposé des faits révèle insuffisamment si le banquier contre-garant avait connaissance de ces certificats de façon à ce que la fraude non seulement soit "évidente" mais "connue" du banquier, comme l'exige la jurisprudence anglaise (supra n°211). Tout cependant porte à croire que les certificats constituaient un des documents réclamés pour le paiement du crédit documentaire ouvert en contrepartie de la garantie automatique.

sur l'inexistence de relations directes entre la banque contre-garante et le bénéficiaire (110).

L'arrêt du Landsgericht de Francfort du 14 décembre 1979 (111) a trait aux conséquences des derniers événements iraniens (112). Un importateur iranien appelle la "performance-guarantee" émise à son profit. A la suite de démarches, l'exportateur apprend que l'importateur ne peut procéder au montage des pièces. Les termes exprès du contrat de base prévoyaient que l'exportateur n'était tenu ni du transport, ni du montage des machines objet du contrat garanti. La demande de l'importateur iranien jugée abusive par le donneur d'ordre fut considérée comme telle aussi par le tribunal : "Pour le tribunal, l'exportateur a rendu digne de foi (Glaubhaftgemacht) le fait qu'il a rempli tous ses devoirs contractuels ; que l'importateur a refusé, sans cause, la livraison des trois dernières machines ; que l'importateur, pendant plus de trois ans, n'a jamais fait une réclamation substantielle... Or les rapports contractuels existant entre l'exportateur et le contregarant imposent à ce dernier l'obligation de protéger les intérêts du premier car personne n'est autorisé, voire obligé de soutenir l'abus de droit d'un tiers." Ainsi, "selon Döhm (113) , l'arrêt du Landgericht de Francfort est, à sa connaissance, le premier à rompre avec cette limitation auparavant imposée à l'injonction."

222. Les principes évoqués par ce tour d'horizon de la jurisprudence germanique se voient confirmés par la doctrine. L'abstraction de l'engagement du garant "automatique" au regard du rapport de valeur (Valutaverhältnis) : donneur d'ordre-bénéficiaire et du rapport de provision (Deckungsverhältnis) : donneur d'ordre-banquier, est maintes fois affirmé. Avant d'étudier les contours et limites de cette abstraction, il est peut être intéressant d'en comprendre la justification.

(II0) ... et ajoute Döhm, c'est donc la preuve de la fraude du garant et non du bénéficiaire qui aurait permis le rejet de la demande en paiement du garant.

(III) LG Francfort 14 déc. 1979, repris et commenté par Döhm (éod. loco)

(II2) Cfr déjà les deux décisions américaines étudiées à ce propos, supra n°2II.

(II3) Döhm J., op. cité 268. Cet auteur critique d'ailleurs la solution du Landsgericht de Francfort. Dans le cas de contregarantie, la fraude à établir est celle du garant et non celle du bénéficiaire, ce qui évidemment rare sauf collusion entre les deux personnages. L'argument même s'il est astucieux nous paraît difficilement soutenable. On ne peut nier que le devoir du garant était de ne pas payer en cas de fraude évidente et connue de lui, que dès lors il ne peut se retourner contre le contregarant sur base d'un paiement fait sans droit.

Les auteurs se réfèrent le plus souvent à la "fonction et au sens" (Sinn und Zweck) (114) de la garantie automatique pour expliquer son abstraction. Déjà, le Landsgericht de Francfort notait (115) : "puisque l'engagement de la banque doit remplacer le versement d'un dépôt d'argent comptant (Bargeld) ou de traites et sert à la garantie absolue de paiement en toute hypothèse..." La formule est amplement reprise par la doctrine (116).

Elle rejoint les réflexions de la doctrine et jurisprudence italienne à propos de l'assurance-caution délivrée dans le commerce national (117). C'est la fonction de la garantie "automatique" sûreté personnelle comme substitut d'une sûreté réelle qui est mise ainsi en évidence par la doctrine germanique (118). Elle justifie le renversement du rôle des parties (Umkehrung der Parteirolle) et soumet le donneur d'ordre à la règle "Payer d'abord, recourir après" ("Erst Zahlen dann prozessieren") (119).

- (II4) Cette expression de Von Caemmerer à propos de l'"accréditif" a été amplement reprise par la suite (supra n°144)
- (II5) LG Francfort 16 nov. 1962, NJW, 1963, 450 (déjà étudié supra n°132)
- (II6) Pleyer K., *Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel*, W.M., 1973, S.B., 10 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T.II, 1e éd., 129 ; 3e éd., 289 ; Von Caemmerer E., *Bankgarantie im Aussenhandel*, op.cité, 298 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, op. cité, Anm. 510 ; Auhagen U., *Das Garantie einer Bank auf erste Anfordern zu Zahlen*, op.cité, 39 ; Marschall v. Bieberstein S., *Bankgarantien* op.cité, 27 ; Kemmer H., *Tecnik der Aussenhandel*, op. cité, 90, note 52 ; Koppelmanas L., *Les garanties de bonne fin*, op.cité, 553 ; Lieseke W., *Rechtsfragen der Bankgarantie*, W.M., 1968, 22 ; Schinnerer E., *Neue Wege zur Regelung*, Festschrift für H. Hammerle, Graz, 1972, 325.
- (II7) Cfr supra n°50.
- (II8) A cet égard, le remarquable exposé introductif de M. H. Lesguillons lors du colloque de Tours (Lesguillons H., *Rapport Introductif, Histoire, Signification et pratique des garanties*. Actes du colloque de Tours, Paris 1981)
- (II9) Cfr. notamment, Auhagen U., *Die Garantie einer Bank "auf erstes Anfordern" zu zahlen* op.cité, 57 et s. ; Von Caemmerer E., op.cité, 303 ; Canaris K.W., op cité, Anm. 525 ; Schönle H., *Bank- und Borsenrecht*, § 28, II, 1. ; Scheuermann A., *Bedeutung und Ausgestaltung des Anzahlungsavals*, AWD, 1959, 194 ; Zahn J., *Zahlung - und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, op.cité, 227 ; Pleyer K., op.cité, 26 : "Wie beim Akkreditiv gilt den Grundsatz : Erst Zahlen, dann prozessieren".

Cette conséquence tirée de l'analyse de la fonction spécifique de la garantie bancaire "automatique" délivrée en faveur de l'administration permet à la doctrine germanique de rapprocher l'abstraction de la garantie bancaire de celle de l'accréditif. Notons dès lors que le raisonnement analogique dans la doctrine germanique, à l'inverse de celui développé dans les ordres anglo-saxons, (120) ne s'appuie pas sur une identité ou une analogie de nature des deux institutions mais est imposée par le sens même de la garantie qui oblige à conférer à un degré d'abstraction à la garantie égal à celui de l'accréditif (121).

223. Ainsi les auteurs germaniques consacrent de façon unanime la stricte inopposabilité au bénéficiaire de la garantie automatique de toutes les exceptions affectées des relations banquier-donneur d'ordre.

Une interdiction de sorties de devises dans le chef du donneur d'ordre, sa faillite ne peuvent autoriser le garant à refuser le paiement (122). De telles conclusions rejoignent les développements déjà admis en matière d'accréditif (123).

De même, les exceptions relatives à l'opération garantie ne peuvent être opposées par le banquier garant. "La garantie bancaire est séparée (getrennt) de l'opération de base. S'il n'en était pas ainsi, la garantie bancaire aurait perdu son sens et sa fonction et serait ramenée à un simple cautionnement.

(120) *supra* n°212.

(121) 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. Cfr. aussi Kleiner B., *Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderrufliche Akkreditiven*, SJZ, 1976, 353 ; Von Westphalen F., *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, Heidelberg, 1978, 189.

(122) Canaris K.W., *op. cité*, Anm 524 ; Schönle H., *Bank und Borsenrecht*, §28, II, 2 ; Pleyer K., *Die Bankgarantien im zwischenstaatlichen Handel*, *op. cité*, 18 ; Liescke W., *op. cité*, 25 ; Marschall v. Bierberstein W., *op. cité*, 27 ; Käser J., *op. cité*, 29 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 3e éd., 318 et la longue note 184.

(123) Notamment, Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherung*, *op. cité*, 156 ; Liescke W., *Die neuen Rechtsprechung, insbesondere des BGH zum D.A., W.M.*, 1966, 467 ; Schönle, *Bank und Börsenrecht*, *op. cité*, 311 ; dans la jurisprudence, RG 12 mars 1934, RGZ, 144, 133.

Ceci aurait pour conséquence que le créancier devrait prendre ses distances vis-a-vis des opérations prérappelées. Un avantage de la garantie bancaire se trouve dans l'exécution simple ou rapide du droit du bénéficiaire..." (124). Même cessionnaire des droits du garanti (125), le garant ne peut invoquer les litiges relatifs au contrat de base ou, de façon plus générale, à l'opération garantie, en particulier, il ne pourra évoquer l'impossibilité d'exécution de l'opération due à une interdiction d'exportation (126), la nullité du contrat pour commerce avec l'ennemi, pour atteinte au rationnement (127), la résiliation du contrat (128) etc....

(124) Pavicevic B., *Bankgarantien im Yugoslawischen Recht, in Dokumententenak-kreditiv und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr*, Frankfurt/M., 1977, 60.

(125) Not. Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Anm. 524
 Von Caemmerer E., *Bankgarantien*, op. cité, 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 opérateur ou confirmateur d'un crédit documentaire de se prévaloir de la cession des droits de l'acheteur lire Borggrejfe W., *Akkreditiv und Grundverhältnis*, Thèse, Berlin, 1971, 60

Bref, selon Marschall vom Bieberstein (129), "la garantie "automatique" donne au bénéficiaire une sûreté particulièrement efficace. Elle le décharge non seulement du risque d'insolvabilité et du risque de non validité ou de déchéance de la dette assurée mais aussi du risque de contestations procédurales." En outre, elle prend en charge, certains risques politiques d'illicéité de l'opération garantie comme le notait déjà Von Caemmerer (130) : "Certains obstacles à la prestation présentent un risque particulier qui est fonction de dispositions économiques du pays de l'obligé ou du bénéficiaire, cela peut être le décret d'embargo, des limitations à l'importation ou à l'exportation ou des restrictions de sorties de devises. Leur survenance est difficile à apprécier pour le partenaire étranger et ce risque est difficile à éviter ou à prévoir, le bénéficiaire de la garantie pourra cependant malgré de telles restrictions réclamer la garantie et la banque garante ne pourra soulever d'exceptions."

Il est bien évident que d'autres causes d'illicéité de l'opération commerciale garantie sont par contre opposables. Ainsi, le contrat de garantie ne peut servir à favoriser l'exécution d'une opération contraire à l'ordre public (131) et aux bonnes moeurs (132).

(129) Marschall v. Bieberstein W., *Bankgarantien in Zahlungsverkehr*, op. cité, 35 ; Comp. Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 1^{re} éd., 145.

(130) Von Caemmerer E., *Bankgarantien im Aussenhandel*, op. cité, 299.

(131) Il faut remarquer que le tribunal ne pourra déclarer illicite la garantie donnée au profit d'un donneur d'ordre et d'un bénéficiaire tous deux étrangers que dans le cas où cette opération est contraire à l'ordre public international (Sur ce point, l'exemple donné par Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 318.)

(132) Kübler, suivi par de nombreux auteurs, donne deux exemples : la garantie donnée pour un trafic de drogues et celle au profit d'un commerce de "traite des blanches" (Kübler F., *Feststellung und Garantie*, op. cité, 187 ; Lieseke W., *Rechtsfragen der Bankgarantien*, op. cité, 25 ; Canaris K.W., *Bankvertragsrecht*, Ann. 523 ;) Rappelons que le simple fait que l'opération soit traitée avec un ennemi ne suffit pas pour déclarer la garantie "illicite" (Comp. les remarques de la jurisprudence américaine à ce propos, supra n° 211). La doctrine germanique développe donc les mêmes réflexions.

224. Une autre exception peut être invoquée par le garant pour se soustraire à son devoir de paiement "automatique". C'est l'exception tirée du principe de bonne foi ("Treu und Glauben") (133) dont l'imagination de la doctrine germanique (134) prévoit plusieurs cas d'application.

Le fondement juridique de cette exception est simple : le droit ne peut favoriser l'abus (135) : "Tout rapport obligatoire se voit appliqué le principe de bonne foi, rappelle Pleyer (136) à propos de la garantie automatique."

L'application de ce principe doit cependant tenir compte du sens et de la fonction du contrat en question (137) mais cette déclaration doit encore être précisée.

Auhagen (138) insiste sur le fait que le principe de bonne foi déduit du § 242 BGB doit s'appliquer au rapport contractuel entre banque et bénéficiaire et non au rapport de base : "L'exception de bonne foi ne peut se concevoir que sur base du contrat de garantie même et non sur base du rapport de valeur "(139).

(133) "L'engagement de garantie est abstrait, les exceptions sont fondamentalement exclues autant celles tirées du rapport de valeur que celles tirées du rapport de provision, sous la seule limite exigée par le principe de bonne foi du § 242 BGB. Ceci est reconnu unanimement" (Von Westphalen F., *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, Heidelberg, 189).

(134) Dans la jurisprudence, les deux décisions du *Landsgericht* de Francfort, étudiées supra n° 221. Cfr. aussi la décision autrichienne inédite reprise par Schinnerer E., *Bankverträge*, T.II, 3e éd., 318, note 185.

(135) Comp. avec nos réflexions, *infra* n° 292.

(136) Pleyer K., *op. cité*, 18.

(137) A cet égard, l'analogie développée notamment par Pleyer avec la lettre de change où la mauvaise foi du porteur est aussi comprise en fonction du sens de la lettre de change et celle développée par Kleiner (*Die Zahlungspflicht der Bank*, *SJ.Z.*, 1976, 356 *in fine*) avec le chèque. Ces analogies avaient déjà été développées pour justifier les limites à la prise en considération de la fraude lors d'un accreditif par Erman (*Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank*, *Festschrift für Rittershausen*, Stuttgart, 1968, 265). Nous reprendrons ces analogies, *infra* n° 307.

(138) Auhagen U., *op. cité*, 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., *Bankgarantie*, *op. cité*, 47 ; Käser J., *Garantieversprechen als Sicherheit*, *Rabels Z.*, 1971, 625 ; etc...

(139) Auhagen U., *op. cité*, 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.")

C'est donc au regard du sens du contrat de garantie "automatique", que doit s'analyser le contenu du devoir de bonne foi du bénéficiaire vis à vis du garant.

Tout ceci permet de justifier la limite unanimement admise par la doctrine germanique à l'exception de mauvaise foi opposable par le "garant automatique"
 "L'exception ne peut être admise que dans des cas exceptionnels" dans lesquels il est clair, que la demande est "manifestement non fondée" (öffensichtlich unbegründet) Le critère "manifestement non fondé" n'est pas facile à définir... La banque ne doit en aucune façon être forcée même lorsque son client le réclame à refuser le paiement de la somme garantie ceci pour la raison que le client opposerait au bénéficiaire l'exception d'abus de droit (unzulässige Rechtsausübung. Ceci serait contraire à l'essence (Hauptzweck) de la garantie, à savoir rendre possible au bénéficiaire une exécution sûre et rapide de sa prétention. Le caractère non fondé de la demande doit être claire et non douteux de telle sorte qu'il soit reconnu que ce n'est point une interprétation divergente des dispositions contractuelles mais un écart évident ou même un comportement consciemment frauduleux du bénéficiaire qui ait déterminé sa demande." (140)

Si la banque ne supporte pas le risque de mauvaise foi du bénéficiaire, elle n'est cependant autorisée et même obligée (141) de refuser le paiement que lorsque cette mauvaise foi est manifeste, ainsi le veulent le "sens et la fonction" du contrat de garantie.(142)

(140) von Westphalen F., *Rechtsproblem der Exportfinanzierung*, Köln, 2e éd., 1979, 113.

(141) Pleyer K., *op. cité*, 18 ; Canaris K.W., *op. cité*, Anm. 524 ; Marschall von Bieberstein W., *op. cité*, 39 ; Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 318 ; Canaris K.W., *op. cité*, Anm. 524 ; Kleiner B., *Bankgarantie*, *op. cité*, 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 droit que constitue l'abus de droit.

(142) Cette remarque sera évidemment à la base des développements allemands sur la nature "causale" du contrat de garantie (*infra* n°227)

Une telle conclusion (143) fonde à nouveau une application analogique des solutions déjà unanimement retenues pour l'accréditif.

225. Les limites de l'abstraction de l'accréditif ont été largement développées.(144)

A cet égard, les auteurs font remarquer que la non autorisation "évidente" du bénéficiaire d'un accréditif peut résulter d'une décision juridictionnelle (judiciaire ou arbitrale) établissant clairement (145) l'absence de droit du bénéficiaire sur base de l'opération garantie, elle sera établie aussi si l'opération garantie est manifestement simulée (Scheingeschäft), par exemple pour exporter des devises et éviter une imposition. Ces cas sont repris par les auteurs (146) à propos de la garantie "automatique".

(143) L'exception est admise par tous les auteurs

- allemands : Marschall v. Bieberstein, op. cité, 39 ; Canaris K.W., op. cité, 524 ; Von Caemmerer E., op. cité, 303 ; Auhagen U., op. cité, 77 ; Käser J., op. cité, 625 ; Lieseke W., op. cité, 26 ; Finger P., *Formen und Rechtsnatur der Bankgarantien*, D.B., 1969, 209 ; Von Westphalen F., op. cité, 113 ; Fischer K., RGR Komm., BGB, § 768, ann. 6 ; Döhm J., op. cité 266 et s ; Horn N., *Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern*, N.J.W., 1980, 2158 ; etc..

- suisses : Kleiner B., *Bankgarantie*, op. cité, 47 ; du même auteur, *Die Zahlungspflicht*, op. cité, 47 ; etc...

- autrichiens : Schinnerer E., *Bankverträge*, T. II, 318 et 319 et les autres écrits de cet auteur.

(144) On ne peut que souligner les travaux remarquables de Borggreffe (*Akkreditiv und Grundverhältnis*, Thèse, Berlin, 1971, 36 et s.), de Wessely (*Die Unabhängigkeit*, thèse, Köln, 1975, n°137 et s.) et surtout d'Erman (*Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank*, *Festschrift für Rittershausen*, Stuttgart, 1968, 261) aujourd'hui unanimement repris dans la doctrine germanique.

(145) A cet égard, Canaris K.W., op. cité, 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. cité, 66 ; dans la jurisprudence, BGH 24 avril 1958, WM, 1958, 696.

(146) Borggreffe J., op. cité, 38 ; Wessely W., op. cité, 69 ; Zahn J., op. cité 141 ; Pour la garantie, lire Lieseke W., op. cité, 25 ; Canaris K.W., op. cité, Ann. 524.

Enfin, la doctrine admet que, dans de tels cas de fraudes évidentes (in zweifelsfreien liquide beweisbaren Fällen) (147), le donneur d'ordre puisse empêcher le banquier de payer. Certes la saisie arrêt (Arrest) ne peut qu'être rarement pratiquée faute, habituellement, de créance "déterminée et certaine" (148) préexistante dans le chef du donneur d'ordre vis à vis de son bénéficiaire (149), mais le juge peut par ordonnance de référé (Einstweilige Verfügung) interdire au banquier garant de payer.

La justification de telles limites s'inspire de la justification des mêmes limites admises par la doctrine pour l'accréditif. Certains auteurs (150) à la suite d'Erman (151), affirment que le donneur d'ordre par son adhésion au mécanisme de la garantie automatique se soumet à une sorte de "pactum de non petendo" par lequel il s'interdit toute récrimination contre le paiement de la banque.

- (147) Lieseke W., *Rechtsfragen der Bankgarantie*, W.M., 1968, 26 et s. ; Von Caemmerer E., *Bankgarantien im Aussenhandel*, *Festschrift für O. Riese*, 303 ; Schinnerer E., *op. cité*, T. II, 319 ; Von Westphalen F., *op. cité*, 192 ; Auhagen U., *op. cité*, 77 et s. ; Marschall v. Bieberstein W., *op. cité*, 39 et s. ; Aden M., *Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigten durch den Akkreditivauftraggeber*, AWD, 1979, 679 ; Canaris K.W., *op. cité*, Anm. 523 et 524 ; Kleiner B., *op. cité*, 156 et s.
- (148) En Allemagne, conformément aux exigences du § 916 ZPO
- (149) Sur ce point, les réflexions de Pleyer K., *op. cité*, 24 et s. reprises notamment par von Westphalen F., *op. cité*, 193 ; Pleyer fait remarquer à juste titre que la saisie arrêt de la garantie visant à prévenir la naissance d'une créance en dommages et intérêts pour appel non fondé de la garantie (le donneur d'ordre avait bien exécuté sa prestation) est impensable. Une telle saisie se fonde en effet sur une créance que, précisément, on empêche d'exister. Sur ce raisonnement et son bien fondé, *infra*, n°301
- (150) A cet égard, surtout Pleyer K., *op. cité*, 25 ; Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, 164 et s. ; Borggreffe W., *Akkreditiv und Grundverhältnis*, 83 ; Aden M., *art. cité*, AWD, 1976, 679.
- (151) Erman W., *Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses*, *Festschrift für Rittershausen*, 271

Une telle réclamation irait à l'encontre du sens même de son adhésion au mécanisme de la garantie et constituant dès lors une sorte de "venire contra factum proprium" selon l'expression de Gautschi (152). Wessely (153) tient cette explication pour superflue. Les limites procédurales légales à l'octroi d'une ordonnance en référé suffisent à justifier les limites de la prise en considération des arguments du donneur d'ordre. L'intervention provisoire du juge ne peut avoir pour effet de préjudicier au fond et ne peut interférer avec les droits d'une partie (le bénéficiaire) que dans des cas évidents (154).

La doctrine germanique est donc unanime à affirmer l'abstraction de la garantie tant à l'égard du rapport de valeur que du rapport de couverture. Elle s'accorde en outre sur le degré d'abstraction de cette institution et ses limites. Cette abstraction est-elle fondée par la nature abstraite ou causale de la garantie automatique ? Nous répondrons à la question en évoquant le caractère non accessoire de la sûreté personnelle "garantie automatique" qui servira en même temps de conclusion à cette approche germanique.

(152) Gautschi G., *Berner Komm.*, art. 407, Anm. 20 a. Comp. Kleiner B., *Bankgarantie*, op. cité, 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 pour les modifications ou litiges qui viendraient à naître à propos du contrat de base et indépendamment de ces difficultés. C'est cela qui constitue le but (Zweck) d'une telle convention. Dès lors, ce comportement aurait pour intention d'empêcher le paiement par la banque serait contraire à ce but (Zweckswidrig) et à considérer comme un abus manifeste".

(153) Wessely W., op. cité, 79: "eigene Ansicht"

(154) Sur notre propre point de vue, *infra* n° 309 et s.

C. La garantie bancaire "automatique" est une sûreté personnelle non accessoire.

226. Notre large tour d'horizon de l'abstraction propre à la "garantie automatique" démontre sans ambiguïté l'insuffisance de la simple affirmation de l'appartenance de la garantie dite "automatique" à l'espèce "sûreté personnelle non accessoire" comme explication des particularités de cette institution.

Que ce soit pour justifier l'applicabilité ou non applicabilité des prescrits du cautionnement à la garantie "automatique" que ce soit pour expliquer l'abstraction propre à ce type de sûreté personnelle et la possibilité pour le donneur d'ordre de s'opposer à son paiement, les auteurs se sont amplement référés au "sens et à la fonction" spécifiques de ce contrat.

Nous nous sommes déjà longuement élevé contre le dogmatisme propre à l'approche dichotomique germanique (155) et notre dernière affirmation corrobore ces critiques déjà faites.

Que la garantie "automatique" soit non accessoire ou abstraite ne nous apprend ni le degré d'abstraction (qui est surtout le degré de non accessoriété (156) de la garantie "automatique" par rapport à l'obligation garantie) ni ses limites. L'originalité de la garantie "automatique" pourtant clairement reconnue par la doctrine germanique ne peut s'expliquer par la simple assertion : la garantie "automatique" est un contrat de garantie.

La constante référence au "sens et à la fonction" c'est à dire au "Verkehrstypische Zweck" (157) de la garantie "automatique" nous apparaît significative de la façon dont presque intuitivement les ordres germaniques ont senti la nécessité de dépasser le carcan de l'approche dichotomique.

227. Ce "sens" et cette "fonction" de la garantie automatique ne peut s'approcher que par une bonne compréhension de la pratique du commerce international; Cette pratique a progressivement dégagé l'existence de nouveaux risques liés à l'opération d'autrui et que la garantie bancaire à précisément pour fonction de prendre en charge.

(155) *supra* n° 171.

(156) Nous nous sommes déjà longuement expliqué sur la confusion garantie abstraite- garantie non accessoire, *supra* n° 145.

(157) ... définition de la cause du Verpflichtungsgeschäft en droit germanique, *supra* N°65.

Citons certains de ces risques que l'ordre juridique germanique a progressivement mis en lumière : les risques de nullité, de rescision voire d'inexistence de l'obligation à la prestation, certains risques d'illicéité, les difficultés liées à la preuve ou au recours juridictionnel dans le commerce international.

C'est la présence de cette fonction dans la convention des parties (au contrat de base d'abord, de garantie ensuite) qui permet au juge de conclure à la présence du type "garantie automatique" et d'exclure d'autres types, telle la garantie "documentaire" (158). La décision récente déjà commentée du 2 mai 1979 (159) à propos d'un cautionnement "à première demande" est, à cet égard, intéressante.

La clause dans l'esprit des parties signifiait clairement non point une couverture définitive par la banque de l'ensemble des risques évoqués mais simplement leur prise en charge provisoire ⁽¹⁶⁰⁾, le paiement à première demande de la banque garante devant d'ailleurs être contregaranti pour l'éventuel remboursement suite à une décision défavorable au bénéficiaire qui aurait appelé indûment la garantie. Cette intention des parties révélait clairement la présence non du type garantie "automatique" mais bien celle du type qualifié par le juge de "cautionnement à première demande" (161).

(158) *au sens étroit, c'est à dire, la garantie dont le paiement ne peut être réalisé que par la remise de certificats, de titres ou de déclarations de tiers fournissant au moins une vraisemblance de la non exécution du contrat.*

(159) *supra n°172.*

(160) *Sur cette analyse, Hörn, N., Bürgschaften und Garantien zur zahlung auf erstes Anfordern, NJW, 1980, 2155 ; Comp. l'analyse de la qualification jurisprudentielle des sûretés personnelles, faite supra n° 150 et s.*

(161) *Attention, il arrivera bien souvent qu'une sûreté personnelle dénommée cautionnement.... à première demande révélera à l'analyse de ces clauses, la présence du type "garantie automatique".*

Chaque type de sûreté personnelle correspond donc à une fonction de garantie plus ou moins déterminée, plus ou moins étendue. Les parties à l'opération de base en réclamant la délivrance de tel ou tel type de garantie se répartissent les risques de la prestation garantie suivant tel équilibre plutôt que tel autre (162). La garantie "automatique" représente une de ces formes d'équilibre autour duquel s'est réalisé l'accord de toutes les parties.

C'est sur base de ce raisonnement, que Kübler affirmait le caractère causal de la garantie "automatique" (163). Certes sa description de la fonction de cette institution était largement insuffisante mais son intuition nous apparaît respectable. Ce n'est que dans la mesure où on se réfère à la cause originale de la garantie "automatique" que l'on peut comprendre le degré d'abstraction propre à ce type de sûreté personnelle. (164)

Ainsi, nous pouvons compléter les idées défendues au second chapitre. La notion de cause comme but typique de l'opération - ce que nous avons appelé la cause formelle - explique autant les limites de l'accessoriété du cautionnement (165) que celles de la non accessoriété de la garantie "automatique" (166). Au terme, l'accessoriété du cautionnement tout comme la non accessoriété de la garantie "automatique" n'ont aucune signification en soi mais ne valent que par la "cause" (formelle) qui les explique.

228. Une dernière raison nous semble devoir exclure tout emploi du qualificatif "non accessoire" pour parler de la garantie "automatique". Dans la mesure où la garantie "automatique" envisage la prestation comme résultat d'une opération indépendamment des droits qui peuvent fonder l'intérêt du bénéficiaire à l'arrivée de ce résultat, le terme "non accessoire" ne convient plus, il continue en effet

(162) Nous le soulignerons *infra* n°306 et reprendrons à cette occasion les enseignements d'Erman (*supra* n°225) à propos de la clause d'accréditif.

(163) Kübler F., *op. cité*, 189. Rappelons que cet auteur donnait au crédit documentaire une nature juridique équivalente à celle de la garantie "à première demande" (*supra* n°126, nos critiques de cette assimilation).

(164) ... "que la banque qui a obtenu cession des droits de l'acheteur ne puisse opposer les droits cédés par l'acheteur contre le vendeur ne se laisse expliquer ni par les §§ 794 I et 796 BGB ni par le § 364 HGB où l'article 17 W.B., Elle se conçoit bien plus comme conséquence du "Sinn und Zweck" du contrat, qui naît du contrat entre les parties par la confirmation de l'accréditif et son acceptation par le bénéficiaire." (Kübler F., *op. cité*, 196)

(165) *supra* n°156 et s. notre raisonnement sur les limites de l'accessoriété, du cautionnement.

(166) *supra* n°223.

à accréditer l'importance de la notion d'obligation garantie comme élément principal de la notion de sûreté personnelle. Or précisément, dans la garantie automatique, la sûreté personnelle s'est totalement détachée de la notion d'obligation pour envisager directement la couverture des risques de la prestation. C'est en définitive la consécration de l'intuition de Stammler que quatre vingt années de doctrine ont obscurcie.

Stammler (167) étudiait en effet le contrat de garantie comme la garantie d'une prestation. Précisons, la garantie "automatique" couvre tous les risques de la prestation d'autrui susceptibles d'être couverts. Elle représente selon la formule de Marwede, un "modèle" (Denkform) extrême de sûreté personnelle (168). Entre ce "modèle" extrême et les autres formes de sûretés personnelles, il n'y a cependant pas rupture mais, au contraire, principe de continuité puisque le passage de la garantie de l'obligation à celle de la prestation se fait par l'extension progressive des risques liés à l'opération d'autrui pris en charge par la sûreté personnelle. (169)

(167) *supra* n°121

(168) Marwede I., note citée, B.B., 1975, 986. L'auteur parlait du contrat de garantie au sens étroit sans relever en particulier la garantie "automatique". Nous ne faisons que compléter sa pensée.

(169) Déjà nos conclusions du chapitre II.

§ 3 . LA DOCTRINE ITALIENNE.

229. Les efforts de l'ordre juridique italien en vue de respecter la signification originale de chaque type de sûretés personnelles ont été longuement loué (170).

Cette approche typologique caractérisait aussi - nous l'avons montré - les réflexions qu'inspiraient à la jurisprudence et la doctrine italienne l'étude des "assurance-cautions" à première demande délivrées dans le commerce national (171).

La jurisprudence italienne, à l'inverse de celle germanique ou anglo-saxonne, n'a pas eu du moins à notre connaissance à se prononcer pour l'instant sur la validité de ce que la pratique bancaire italienne a dénommé la "fideiussione automatica" (172) délivrée par les banques dans le commerce international.

On s'étonnera d'emblée de la dénomination choisie par la pratique bancaire italienne. Elle se situe certes dans le prolongement direct de l'option synthétique affirmée par la cour de cassation le 3 septembre 1966 et déjà longuement commentée. Elle souligne en effet l'appartenance de l'institution bancaire en question au genre "fideiussione" que les explications de Fragali invitent à traduire par la notion de "sûreté personnelle" (173)

(170) *Sur cette approche typologique et son bien fondé, nos conclusions, supra n°196.*

(171) *Cfr. supra n° 55. Certaines de ces "assurances-cautions" constituaient de véritables garanties "automatiques" délivrées cette fois dans le commerce national. Sur ce point, nos remarques in Les incertitudes récentes sur la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Assur., 1979, 5 et s.*

(172) *C'est du moins encore ainsi que la plupart des banques qualifient la "garantie automatique". Il est à remarquer que les banques belge et française parlent indifféremment de "cautionnement" ou "garantie" "à première demande" et que même en droit suisse, on reconnaît que la pratique bancaire a si bien mêlé les dénominations qu'il est difficile d'accorder encore à leur emploi quelque autre importance qu'un vague indice.*

Certains auteurs italiens parlent cependant de "garanzia automatica bancaria" (à cet égard, le titre de l'article de Simone C., Nel genus fideiussionis; la garanzia "automatica" bancaria, B.B. e Tit. di C., 1978, I, 85).

(173) *Cfr. à cet égard, les réflexions de Fragali à propos de l'arrêt de Cassation du 3 septembre 1966, supra n°188.*

Tous les auteurs italiens remettent cependant en question cette dénomination. L'originalité de la "fideiussione ou garanzia automatica bancaria" exige, selon eux, sous peine de confusion, l'emploi d'une dénomination différente de celle historiquement liée à une forme de sûreté personnelle bien précise : le cautionnement accessoire. Cette opposition de la doctrine défendable nous apparaît de pure forme. La dénomination "guarantee" n'a-t-elle pas été retenue par l'ordre juridique anglais pour qualifier les garanties automatiques tout en respectant l'originalité de ces dernières (174). Il s'agit d'une simple question de dénomination et de la signification plus ou moins large à accorder au terme "fideiussione".

230. L'opposition doctrinale des termes "fideiussione" et "garanzia" est cependant révélatrice de la profonde influence que la doctrine germanique (175) a incontestablement eu sur les auteurs italiens lors de leur approche de la nature juridique de la garantie automatique.

Ainsi, c'est incontestablement à la définition de Stammer ou à celle anglaise du "Contract of Indemnity" qu'il se réfère Maccarone (176) lorsqu'il décrit le contrat autonome de garantie comme le contrat sur base duquel "une partie s'engage à tenir indemne la partie en faveur de laquelle la garantie est prestée, ou pour tous les dommages que ce dernier pourrait subir à cause du défaut d'exécution, de la part d'un tiers, d'une obligation de ce dernier envers le bénéficiaire de la garantie, indépendamment de l'existence, la validité et la possibilité d'exécution l'obligation garantie." (177)

(174) Cfr. supra n°132, nos remarques sur le fait de l'emploi du terme "contract of guarantee" de préférence à celui "contract of indemnity"

(175) Certains auteurs (Maccaronè, Mazzoni) se réfèrent d'ailleurs amplement au texte d'un auteur allemand, Hadding (W.), venu prononcer une conférence sur ce sujet en Italie (*I contratti di garanzia bancaria*, Giust. civ., 1979, IV, 129). Quant à l'article de Portale, il s'agit d'un article de droit composé où le droit allemand tient la première place.

(176) Maccarone S., *Contratto autonomo di garanzia*, Diz del diritto privato, 2, Diritto commerciale (a cura di H. Carnevoli, Milano, 1980) Le texte auquel nous nous référons n'est pas le texte définitif.

(177) Maccarone S., op. citée, n°1. Comp. avec les définitions de Stammer (supra n°122) et celle anglaise (supra n°130). On peut se demander dans quelle mesure, la définition proposée ne reprend pas les contrats d'assurance pour compte et se voit dès lors adresser les mêmes critiques que les deux autres définitions rappelées. Pour Maccarone, il s'agit en effet d'englober tout contrat d'indemnisation non accessoire souscrit pour un tiers.

Dans la même ligne, Garone (178) étudie la clause bancaire selon laquelle le cautionnement en dérogation à l'article 1939 maintient ses effets même si l'obligation principale pour un quelconque motif est invalide..." comme une "obligation d'indemniser le créancier du préjudice dérivant de la nullité du contrat." "La clause, ajoute-t-il, a valeur d'obligation indemnitaire, dans le sens que la caution assure, en tout cas, la bonne fin de l'opération".

Cette conception indemnitaire de la sûreté personnelle non accessoire a déjà été critiquée (179). Elle ne correspond pas à la réalité du contrat de la garantie bancaire "automatique". La garantie bancaire "automatique" n'entend pas indemniser le bénéficiaire du dommage résultant de la non validité de l'obligation principale, ce qui la rapprocherait incontestablement d'un contrat d'assurance et exigerait la preuve effective d'un dommage légitime. Elle a au contraire pour fonction de garantir par une somme d'argent l'arrivée d'un certain résultat attendu de l'opération traitée avec autrui sans s'inquiéter de l'existence du droit de ce bénéficiaire à ce résultat.(180) En d'autres termes, la garantie bancaire automatique ressort du domaine des sûretés personnelles et ne peut être en aucune façon confondue avec une forme quelconque d'assurance-crédit (181).

(178) Garone G., *Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia bancaria nella pratica contrattuale*, B.B. e Tit. di C., 1978, I, 472.

(179) *supra* n° 198.

(180) Dans le même sens, les critiques de Kleiner adressées à la conception "indemnitaire" parfois défendue aussi en doctrine germanique : "Garantie ist nicht Schadenersatzleistung" (Kleiner B., *Bankgarantie*, op. cité, 155)

(181) Sur la notion de sûreté personnelle et sa distinction avec les contrats d'assurance-crédit, *supra* n°29 et s.

231. L'article du professeur Portale (182), qui domine la littérature italienne actuelle relative à la garantie bancaire "automatique" souscrit à cette remarque finale. Il a l'indéniable mérite d'autre part de prolonger l'approche typologique italienne et de fournir des réflexions décisives sur la cause de cette garantie.

La cour de cassation, le 3 septembre 1966 lorsqu'elle validait la fideiussione d'une obligation nulle de nullité relative insistait sur le principe de liberté contractuelle qui devait permettre l'éclosion de nouveaux types de sûretés personnelles nonobstant leur non accessoriété (183). Portale souscrit à ce principe : "Dans ce cas, le problème n'est pas celui de nullité (pour fait de non accessoriété) mais de qualification, du moment que le caractère essentiel de la clause en altérant la physionomie de la construction contractuelle (celle en l'occurrence du cautionnement accessoire *) ouvre un problème de réduction du fait au type...."

Avant d'appliquer ce principe typologique - Portale se réfère constamment à De Nova (184) - à la garantie bancaire "automatique", l'auteur met en garde contre les deux commentaires qui ont été faits de l'arrêt de la cour de cassation. Ainsi, l'erreur de la doctrine italienne opposée à la validité des sûretés personnelles non accessoires (185) est d'avoir tiré du fait que la convention concrète, par sa dérogation au caractère accessoire, ne rentrait pas dans la cause du cautionnement légal, la nullité de cette convention (186)

(182) Portale G.B., *Fideiussione e "Garantievertrag"*... déjà cité. Il faut signaler du même auteur l'article *"Fideiussione e contratto autonomo di garanzia nella prassi bancaria"* paru in *Ju S.*, 1977, 3 et s.

(183) Sur les leçons de l'arrêt de la cour de cassation italienne, *supra* n°189.

(184) Sur la conception typologique de De Nova *supra* n°88.

(185) C'était le raisonnement de Cavalli, Marini et Favara *supra* n°187.

(186) Dans ce cas, dit Portale (*op. cité*, 1048) le problème n'est pas celui de la nullité, mais celui de la qualification du moment que le caractère essentiel de la clause en modifiant la physionomie de la construction contractuelle, ouvre un problème de réduction du fait au type (Spada - De Nova)."

Or le cautionnement légal ne représente qu'un type particulier de sûreté personnelle. A l'inverse, à suivre le raisonnement de Fragali (187), on risque de tirer de la présence de la cause générique, la causa-funzione, propre à toutes les sûretés personnelles, la nécessité d'une réglementation identique à savoir celle tirée des prescrits légaux sur le cautionnement. Il y a lieu, selon Portale, de souligner l'originalité de chaque type (188), "plusieurs types contractuels pouvant remplir la même fonction (générique *)" sans que pour autant on ne doive en déduire l'identité de leur réglementation (189).

232. Portale aborde alors l'étude du type "garantie bancaire automatique". Il souligne d'emblée comment le droit germanique a progressivement mis en lumière l'existence de ce type de sûreté personnelle et ses remarques à ce propos s'inspirent fortement de l'approche typologique italienne dont il soulignait d'emblée le bien fondé.

Il note en effet comment progressivement le "Garantievertrag" de Stammer s'est, à la suite des nécessités de la vie économique, décomposé ou plutôt précisé en une multiplicité de types.

(187) Cfr. supra n°188 nos développements sur le raisonnement de Fragali.

(188) Rappelons que Portale adopte expressément la conception du type développée par De Nova et étudiée supra n°88)

(189) "J'ai exposé largement la doctrine en question pour souligner qu'on y rencontre de façon plus marquée encore que dans la précédente - une conséquence de la confusion entre type et cause fonction. Il est désormais acquis que le concept de cause-fonction doit servir comme instrument de regroupement de plusieurs types contractuels sous la même cause (on pense aux divers types de société avec la même cause) plutôt que comme élément d'identification de types contractuels spécifiques, plusieurs types contractuels - à n'en pas douter - pouvant servir la même fonction", (op. cité, 1050)

Cette déclaration de Portale doit à notre avis être nuancée

Certes la cause fonction générique a bien la fonction que l'auteur lui assigne mais cela ne peut empêcher la reconnaissance d'une cause (formelle) - fonction spécifique à chaque type (infra, les réflexions de Mazzoni).

Ainsi, le type "Bankgarantie" est né après la guerre de l'exigence posée par les bénéficiaires de trouver une sûreté personnelle qui couvre le risque politique des opérations du commerce international. Il s'est vu précisé encore par le fait que "la garantie de la prestation devait pouvoir être exécutée indépendamment du fait qu'elle soit dûe ou non, susceptible ou non d'exécution forcée."

L'évolution du type ne s'arrête pas là : "mais ce contrat de garantie ainsi "n'élimine pas tous les risques liés au commerce : il laisse ouvert le risque de "contestation relative à la relevance du présumé de l'obligation du garant "(défaut d'exécution de l'obligation principale de la part du débiteur principal , "contestation qui pourrait retarder notablement l'arrivée de la prestation de la "part du créancier (on pense aux preuves que celui-ci devrait fournir en cas de "contrat de garantie stipulé pour assurer le dédommagement en cas d'exécution "inexacte d'un contrat d'ensemble industriel). La pratique du commerce extérieur "mûe par les intérêts de la banque qui n'a aucun intérêt à jouer le rôle d'arbitre "a neutralisé cet autre risque avec la "tipisazione" d'une nouvelle clause. "On parle de la clause "à première demande" dont la fonction est non seulement de "couper" le contrat du rapport principal en la rendant autonome comme c'est " déjà le cas dans les contrats de garantie privés de cette clause et qui sont tels " parcequ'ils contiennent ou des pactes de dérogation au principe d'invalidité du " cautionnement pour invalidité du contrat principal ou un pacte de renonciation à " toutes les exceptions afférentes au rapport naissant de ce contrat mais aussi " d'éliminer tout risque de contestation sur le caractère relevant ou non des " présumés qui légitiment la demande de paiement du garant." (190)

Ces réflexions de Portale ruinent définitivement la construction dichotomique des sûretés personnelles. Il n'y a pas deux sortes de sûretés personnelles mais une multiplicité de types qui ne peuvent se comprendre par la seule note "accessoire". C'est l'apparition progressive de nouveaux risques liés à l'opération d'autrui, risque dont les nécessités socio-économiques obligent à la prise en charge, qui permet de comprendre l'éclosion de types originaux de sûretés personnelles.

(190) Portale G.B., *op. cit.*, 1053 et s.

Parmi ces différents types, la garantie "automatique" représente la sûreté personnelle dont la fonction de garantie est "la plus accentuée", selon l'expression de Ravazzoni (191).

233. La question de la validité de ce type nouveau de sûreté personnelle reste posée selon Portale, en droit italien (191 bis) : "La difficulté pour notre système juridique ^{de} admettre la liceité d'un contrat ainsi construit dépend de la conviction que ce contrat, dont le propre est précisément d'obliger le garant à exécuter la prestation même dans le cas de nullité du contrat de base ou lors de l'impossibilité survenue d'exécuter la prestation principale, donne lieu à la création d'un contrat abstrait au sens technique (192), dont le schéma n'est pas admis dans notre code, à la différence de celui allemand. Notre code est en effet dominé par le double principe de l'article 1325 al. 2 (juste cause de l'attribution) (193) et de l'article 1462 (nullité des clauses qui excluent l'opposabilité de certaines exceptions) (194)."

A. La question de la nature causale ou abstraite du contrat de garantie automatique.

Ainsi, la soi-disante nature abstraite de la garantie automatique serait une première objection à la validité de ce contrat (195). Les remarques de Portale et Mazzoni (196) auront dès lors pour but de démontrer que l'incontestable abstraction "au sens technique" de la garantie automatique s'explique par la nature causale du contrat.

(191) *Comp. nos conclusions de l'approche germanique.*

(191 bis) Ravazzoni A., note sous *Cass. 3 janv. 1963*, *Foro Pad.*, 1963, 176.

(192) Pour Portale, "abstrait au sens technique" signifie simplement 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'ailleurs, d'après Portale, par la cause de ce contrat et non par sa nature abstraite.

(193) L'article 1325 C.C. italien correspond à notre article 1108 "Les éléments requis du contrat sont : 1) l'accord des parties 2) la cause 3) l'objet 4) la forme lorsqu'elle est prescrite par la loi à peine de nullité."

(194) "La clause par lequel on établit qu'une partie ne peut opposer d'exception aux fins d'éviter ou de retarder la prestation due, n'a pas d'effet pour l'exception de nullité, d'annulabilité et de rescision du contrat."
"Dans le cas dans lesquels la clause est efficace le juge s'il reconnaît toutefois l'existence de motifs graves, peut toutefois suspendre la condamnation..."

Cet article 1462 du code civil italien n'a pas d'équivalent dans les autres codes civils. Il représente effectivement une difficulté supplémentaire pour la validation de la garantie automatique en droit italien (Cfr. infra l'argumentation développée sur ce point par Portale, n°237.)

- (195) *Même argumentation dans la jurisprudence belge et française n° 241 et 242.*
- (196) *Mazzoni A., Rapport italien - la garantie bancaire dans le commerce international, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981.*

Ces remarques éclaireront les efforts récents développés par la doctrine française (197) pour donner de même à ce contrat une nature causale et inspireront nos conclusions.

Rappelons que, depuis Giorgianni (198), la notion de cause du contrat est double en droit italien, elle désigne, à la fois, la cause formelle du contrat : on parle, en ce sens, de cause-fonction, c'est le "typische Zweck" de la doctrine allemande et, à la fois, la cause matérielle du contrat : Ce que la doctrine italienne appelle la juste cause de l'attribution (giusta causa dell'attribuzione), le "rechtliche Grund" de la Zuwendung en droit allemand. L'intérêt des réflexions de Portale et de Mazzoni est de montrer que la nature de la garantie bancaire automatique satisfait à cette double définition de la cause.

C'est surtout à la seconde que Portale s'attaque. A la suite de Giorgianni, il remarque que dans certains types contractuels (199), l'attribution patrimoniale "est l'effet d'un contrat ou d'un acte juridique, qui ne contient pas en lui même sa cause au sens de "juste cause de l'attribution". Cette "juste cause de l'attribution" demeure en dehors du contrat et s'appuie sur un contrat ou un acte différent, sans que pour autant le contrat ne puisse être affirmé abstrait (200). Ainsi dans la garantie "automatique" ou "pure", "le contrat de garantie renvoie à un "Grundgeschäft" qui le justifie sans pour autant que successivement la découverte de vices des obligations de ce Grundgeschäft puisse affecter la validité et l'efficacité de la garantie"(201)

(197) *infra* n° 272

(198) *Supra* n°63, la destination entre cause du contrat, à savoir sa fonction économique-sociale, et cause de l'attribution à savoir son fondement matériel.

(199) Scalisi appelle de tels contrats des contrats "astratti con causa esterna"; sans nier leur nature causale. (Scalisi V., v° *Negozio astratto*, Enc. del diritto, Milano, 1980, n°26)

(200) "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. cité*, 1063 *in fine*). Nocelli (note sous Cass. 19 déc., 1975, *Foro it.*, 1976, I, 1583) avait déjà développé la même idée.

(201) Mazzoni A., *op. cité*, 18 et ses remarques à propos de la construction analogue du crédit documentaire.

En d'autres termes, le contrat de garantie autonome serait causal tout en ne pouvant être réduit au cautionnement dans la mesure où il se référerait à une opération économique donnée (202), extérieure à la convention de garantie et non aux obligations qui pourraient naître de cette opération (203).

234. Portale développe peu l'autre signification de la notion de cause, celle de cause-fonction. Il se contente de démontrer par la comparaison du crédit documentaire et de la garantie "automatique", l'appartenance de ce dernier contrat à la cause-fonction de garantie. La garantie bancaire "automatique" est, elle aussi, subsidiaire (204).

Mazzoni (205) cherche à approfondir à côté de cette cause-fonction générique, la cause fonction spécifique propre au type "contrat de garantie bancaire automatique" (206) : "l'analyse qui précède amène à conclure qu'un droit italien la garantie bancaire à première demande doit être considérée comme un contrat unilatéral innommé, sa cause-fonction étant normalement celle d'assurer la satisfaction immédiate de l'intérêt du bénéficiaire à recevoir un paiement substitutif d'une caution réelle... "

(202) *Comp. la définition souvent donnée au contrat de garantie dans les droits germaniques, garantie d'une prestation par opposition au contrat de cautionnement, garantie d'une obligation.*

(203) *Il est étonnant que les auteurs italiens n'aient pas qualifié aussi le cautionnement de contrat "abstrait avec cause externe", la "cause externe" étant cette fois l'obligation garantie.*

(204) *Portale (op. cité, 1064) reprend à cet égard la destination déjà élaborée en droits germaniques entre la "funzione di pagamento" du Crédit documentaire et la "funzione di garanzia" de la garantie en question.*

(205) *Mazzoni A., Les garanties bancaires du commerce international : Rapport en droit italien, Actes du colloque de Tours, Paris 1981.*

(206) *Noter l'introduction à sa recherche : "Parallèlement, il est parfaitement concevable qu'une même cause-fonction de garantie, au sens large de renforcement du pouvoir de satisfaction du créancier, soit commune à plusieurs régimes contractuels différents, les uns tombant dans le domaine d'application du contrat nommé (cautionnement accessoire), les autres, par contre, demeurant en dehors de ce domaine (garanties non accessoires)."*

"S'agissant d'un contrat innommé, le droit italien en subordonne la validité de la condition préalable que sa cause-fonction vise à réaliser "des intérêts dignes de protection selon l'ordre juridique" (article 1322, al. 2, code civil italien). Par ailleurs, sous cet angle, la licéité-validité du contrat ne paraît faire aucun doute....., ces garanties sont un instrument essentiel du développement du commerce international et remplissent dès lors une fonction dont l'utilité sociale est évidente." (207)

Mazzoni ne semble cependant pas s'apercevoir du lien qu'il y aurait lieu de faire entre la "cause-fonction" et la "juste cause de l'attribution" de la garantie bancaire automatique. Nous aurons l'occasion de souligner ce lien par la suite (208). Remarquons simplement pour le moment que la cause matérielle de l'attribution n'est extérieure au contrat de garantie que dans la mesure où la fonction de ce contrat, sûreté personnelle, impose la présence ou du moins la possibilité d'existence d'une opération à garantir externe à la garantie. Ce raisonnement déjà applicable (209) dans le cautionnement dont la fonction spécifique de la garantie implique la présence d'une obligation à garantir (cause matérielle du cautionnement) peut être étendu à la garantie "automatique" dont la fonction spécifique à savoir la garantie du résultat attendu d'une opération économique implique au moins que l'opération économique à laquelle on se réfère, cause matérielle de la garantie automatique, ne soit pas purement fictive. (210). Dans les deux cas, la cause de l'attribution est externe. Le fait que, dans un cas, elle soit l'obligation garantie, dans l'autre, se détache de l'obligation pour devenir l'opération elle-même se justifie par la diversité des causes formelles propres à ces deux types de sûreté personnelle.

(207) Mazzoni A., *op. cit.*

(208) *infra* n° 287 et s.

(209) Cfr notre note 203.

(210) *Comp. avec l'enseignement de la doctrine germanique qui étudie l'opération simulée comme une des limites de l'abstraction de la garantie automatique.*

235. Enfin, c'est précisément l'analyse de cette cause formelle propre au type "garantie bancaire automatique" qui doit commander, selon Portale, sa réglementation "Il a été observé à juste titre que" même si assez voisin du point de vue de sa finalité économique il manque au contrat de garantie, l'accessoriété de l'obligation de garantie, qui est la note caractéristique du cautionnement comme type contractuel, l'application des prescrits du cautionnement contrasterait avec le contenu du contrat (de garantie *)". (211)

Ainsi, si la plupart des prescrits du cautionnement sont inapplicables, Portale réserve sa décision pour l'article 1957 code civil, qui impose un terme à l'action de la caution et pourrait être étendu au contrat de garantie. La subrogation du garant aux droits du bénéficiaire de la garantie se justifie, dans le seul cas où le bénéficiaire de la garantie est effectivement créancier du donneur d'ordre de la garantie. Elle s'explique alors directement par le principe général de la subrogation sans qu'il faille se référer à la subrogation particulière accordée à la caution : l'article 1203 alinéa 3 du code civil italien (212), ne prévoit-il pas que "la subrogation a lieu à l'avantage de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement du débiteur, avait intérêt à le satisfaire"?

(211) Portale G.B., *op. cit.*, 1070 et s.

(212) notre article 1251 alinéa 3.

B. La garantie "automatique" et l'article 1462 C.Civil

236. Portale cherche alors à justifier la limite acceptée par les ordres germaniques (213) et anglo-saxons (214) à l'abstraction du crédit documentaire, celle de l'"exceptio doli". Il distingue le cas où le dol pratiqué de connivence par le donneur d'ordre et le bénéficiaire concerne immédiatement le banquier garant (215). Dans cette hypothèse, l'analogie avec des situations dans lesquelles le droit italien reconnaît expressément l'applicabilité d'une exceptio doli amène à conclure qu'un remède pareil est utilisable par la banque garante".

La solution est différente lorsque le dol est pratiqué contre le donneur d'ordre. On admet généralement que seul le dol susceptible d'être démontré par une preuve liquide (prova liquida) peut être invoqué pour empêcher le paiement du garant.

L'explication de Portale (216) décrite par Mazzoni (217) comme "suggestive et hardie" mérite qu'on s'y arrête. On se souvient de l'article 1462 code civil déjà invoqué lors de l'affaire soumise au tribunal civil de Milan, le 15 juin 1978 (218). Cet article stipule que la clause selon laquelle on conclut qu'une des parties ne peut opposer d'exceptions aux fins d'éviter ou de retarder la prestation due, n'a pas d'effet en ce qui concerne les exceptions de nullité, d'annulabilité et de résolution du contrat."

Il est invoqué par certains auteurs italiens (219) pour nier la validité de toute sûreté personnelle non accessoire. La délivrance de telles sûretés n'empêche-t-elle pas le donneur d'ordre partie à l'opération principale d'opposer les exceptions relatives au rapport principal ?

(213) *Supra* n° 220 et 225.

(214) *supra* n° 211.

(215) Ainsi, lorsque les parties à l'opération principale s'arrangent pour faire supporter la faillite du donneur d'ordre par le garant. Il est évident que dans ces cas, c'est directement sur base du dol du contractant que le garant refusera le paiement.

(216) Portale G.B., *op. cité*, 1072.

(217) Mazzoni A., *op. cité*, 26.

(218) La désision du tribunal civil de milan a été étudiée *supra* n°191.

(219) L'argument tiré de l'article 1462 alinéa 1 avait déjà été invoqué par Segni (M.), La "Lettre de patronage" come garanzia personale impropria, *Riv. dir. civ.*, 1975, I, 128 et a pour nier la validité de sûretés personnelles non accessoires.

On connaît la réponse du tribunal de Milan :

"L'équivoque d'un tel argument naît de la confusion entre exception relative au rapport principal et exception afférente au contrat de garantie : la confusion qui conduit à transférer la nullité de l'article 1462 de l'un (le rapport principal) à l'autre contrat (à savoir le contrat de garantie) sans tenir compte de la diversité de cause de ces contrats, est dès lors à dénoncer... En fait, l'inopposabilité des exceptions relatives au rapport principal bien loin de s'opposer à la norme indérogeable de l'article 1462 code civil est un moment essentiel de la cause atypique de garantie pure."

237. Portale rejoint cette argumentation tout en la nuanciant. Il avoue que la délivrance du contrat de garantie aboutit effectivement à déroger à l'article 1462 code civil (220). "Il est cependant nécessaire de noter que ces dérogations à l'opposabilité des exceptions relatives au rapport de base ont été admises dans de nombreuses autres situations dans lequel un tiers est cointéressé au rapport de base (articles 1272, 1273 : *espromissione et accollo*; article 1413 cc : *porte fort*)... l'instauration de ces rapports obligatoires plus ou moins "abstraits" réalise des exigences retenues comme socialement appréciables et comme telles protégées par l'ordre juridique : par exemple, l'extinction de plusieurs rapports à travers une seule attribution patrimoniale, la sécurité du trafic ou, si on veut, la fonctionnalité du système économique" (221)

Bref, la délivrance d'un contrat de garantie "automatique" équivaut dans le chef du donneur d'ordre à un véritable pacte "solve e repete" (222) vis à vis de son partenaire, le bénéficiaire de la garantie.

(220) *Comp. avec la justification donnée par Erman (supra n°225) : la clause d'accréditif (ou de garantie "automatique") correspond à un véritable "pactum de non petendo." Cfr. aussi nos réflexions infra n°309 à propos de la possibilité pour le donneur d'ordre de la garantie "automatique" d'empêcher le paiement.*

(221) *Mazzoni A., op. cité, N°9 ; Portale G.B., op. cité, 1065.*

(222) *L'acceptation d'une clause de "garantie automatique" dans le contrat de base équivaudrait à une sorte de "solve e repete" par lequel le donneur d'ordre renoncerait à se prévaloir dans un premier temps de ses droits vis à vis du bénéficiaire. Comp. avec le "pactum de non petendo" de la doctrine allemande.*

L'article 1462 alinéa 2 concerne précisément de tels cas où la clause est efficace : "dans le cas où la clause est efficace, prescrit le législateur, le juge s'il reconnaît la présence de graves motifs peut toutefois suspendre la condamnation, en imposant le cas échéant, la délivrance d'une "cauzione"."

Portale affirme qu'il y a lieu d'affirmer l'application complète de cet alinéa 2. Le contrat de garantie "automatique" fait partie des "contrats qui ont pour effet de protéger des tiers ("Verträge mit Schutzwirkungen für Dritte). Or, selon Portale "quand la réalisation d'un rapport obligatoire (celui de garantie) atteint, outre la sphère juridique des parties au rapport , la sphère juridique de tiers liés à leur tour à une des parties au rapport, le devoir de protection qui, sur base du principe de l'exécution de bonne foi (article 1375 code civil), complète le contenu du contrat, ne naît pas seulement comme c'est normalement le cas pour la protection de chacune des parties au contrat, mais s'étend afin de comprendre la protection de ce tiers" (223)

"L'application de ce principe au cas susvisé (à savoir celui d'un dol du bénéficiaire au détriment du donneur d'ordre, susceptible de "preuve liquide") rend certainement possible la reconnaissance d'un devoir de protection ex Garantievertrag en faveur de celui qui est débiteur dans le rapport de valeur et donc d'un sujet qui tout en étant étranger au rapport garant - créancier est toutefois lié, en vertu d'autres rapports, à la fois à l'un et à l'autre" (224)

Au delà de la limite de la "fraus conprova liquida" qui interdit au banquier tout paiement de la garantie sur base du principe de l'exécution de bonne foi du contrat de garantie lui-même, Portale ne développe pas la question de la possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement (225).

(223) Portale G.B. , op. cité, 1074.

(224) Mazzoni A., op. cité, 26

(225) Seul, l'article de Garone (*Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia bancaria nella pratica contrattuale*, B.B. e Tit. di C., 1978, I. 472) évoque cette possibilité et affirme le bien des solutions étrangères sans s'inquiéter outre mesure du fondement, celui pouvant être l'autorisation donnée à la banque par le donneur d'ordre de payer en tout cas.

Cette dernière précision nous permet de conclure l'approche italienne.

238. On peut à notre avis caractériser l'analyse italienne de la garantie bancaire automatique de la façon suivante :

1. elle est neuve; à l'heure présente, purement doctrinale et profondément influencée par les développements germaniques ;
2. une réflexion récente proprement italienne (Portale- Mazzoni) voit cependant dans la "garantie bancaire automatique du commerce international" un type original de sûreté personnelle dégagé progressivement par l'ordre juridique en réponse aux nécessités du commerce international.
Ces nécessités imposent un élargissement toujours plus important des risques de l'opération d'autrui, susceptibles d'être pris en charge par la sûreté personnelle ;
3. un tel type n'est donc pas par essence différent du type "cautionnement", Simplement sa fonction de garantie est plus "accentuée" ;
4. le contrat de garantie est causal dans la mesure où
 - 1°) il correspond à une "fonction générique" de garantie (Portale) ou mieux à une "fonction spécifique" digne d'intérêt et susceptible de protection par l'ordre juridique (Mazzoni) (exigence de la cause formelle)
 - 2°) il renvoie à une "cause externe" c'est-à-dire impose la présence d'une opération (et non d'une obligation) à garantir (présence de la cause matérielle) ;
5. la clause de "garantie bancaire automatique" entraîne dans l'opération commerciale de base, une renonciation du donneur d'ordre de la Garantie à opposer provisoirement du moins au bénéficiaire une quelconque exception tirée de leurs rapports (clause solve e repete) ;
6. si cette clause de renonciation est valable, elle ne peut toutefois avoir d'effet lors d'une fraude "évidente" du bénéficiaire. Dans une telle hypothèse, le banquier, dans la mesure de son devoir d'exécution de bonne foi d'un contrat impliquant un tiers (le donneur d'ordre), doit veiller à la protection des intérêts de ce dernier.

SECTION II : LA GARANTIE BANCAIRE "AUTOMATIQUE" ET SA NATURE JURIDIQUE DANS LES

ORDRES BELGE ET FRANCAIS.§ I. EXAMEN DES JURISPRUDENCES FRANCAISE ET BELGEA. L'option réductrice dans les ordres juridiques français et belge.

239. Il est indéniable que la pratique bancaire en France comme en Belgique connaît l'existence des cautionnements ou garanties "à première demande" émis dans le commerce national comme dans le commerce international.(226)

Or, jusqu'à ces derniers temps, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne s'étaient aperçus de la nature juridique originale de tels engagements. Aucun traité classique de droit bancaire ou commercial, à l'exception - et ceci est à souligner - du traité belge de MM. Van Rijn et Heenen (227) n'aborde la question et il est significatif que la seule thèse en droit français relative au "cautionnement bancaire" est muette à ce sujet (228). Aussi, pouvions-nous écrire, en 1978, que la question de la reconnaissance de la validité du contrat de garantie comme sûreté personnelle distincte du cautionnement se présente en droit français et belge comme celle d'un vide juridique à combler(229).

- (226) *Déjà la décision du tribunal de commerce de Lyon du 9 mai 1957 (RGAT, 1958, 148, reprise en appel in Lyon 28 nov. 1960 (RGAT, 1965, 93) concernait un cautionnement "à première demande" délivré par une compagnie d'assurances en faveur de l'Etat français. (Sur cette décision supra n°45)*
- (227) *Van Rijn-Heenen, Principes de droit commercial, T. IV, n°2561, in fine.]*
- (228) *Wattiez J.P., Le cautionnement bancaire, Thèse, Paris, 1964. La remarque est d'autant plus pertinente que l'étude comprenait certaines garanties bancaires au profit d'administration publiques, garanties appelables à première demande, ainsi celles citées p. 165 et p. 171 in fine.*
- (229) *Poullet Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, D.P.C.I., 1979, 404. La formule est reprise par Gavalda et Stoufflet, La lettre de garantie internationale, RTD comm., 1980, I.*

Si depuis, les choses ont bien évolué (230), nous voudrions avant d'examiner les réflexions récentes des droits français et belge sur la nature juridique de ce que nous avons appelé la garantie "automatique", étudier les arguments invoqués par la première jurisprudence française et belge pour ne point envisager ou refuser l'originalité de telles garanties. Les attendus d'un arrêt français et d'une décision belge nous serviront à cet égard.

1. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1973 (231)

240. Les faits à base de l'arrêt sont les suivants : une banque française contregarantit une garantie émise par un correspondant autrichien en faveur d'une administration égyptienne. La banque française déclare garantir une société française adjudicataire "à titre de cautionnement définitif pour la fourniture de 200.000 traverses de pin des Landes" s'engageant contre restitution de cette lettre de garantie à payer cette somme "à première réquisition (du bénéficiaire *)".

L'expédition militaire franco-anglaise de 1956 interrompt les relations commerciales. Nonobstant ce fait, la banque égyptienne, nationalisée entre temps, exécute la garantie réclamée par l'administration égyptienne. Appelée en contregarantie, la "caution" française refuse le paiement. Le motif invoqué est le suivant : "que si la banque promet de payer cette somme à première réquisition nonbstant toute contestation de la part de la société française, cette clause dans un acte dont l'objet est de cautionner la bonne exécution d'un marché, ne peut être interprétée comme laissant subsister à la charge de la banque l'obligation de payer la somme garantie même dans le cas où l'obligation principale à charge de la société française aurait disparu." En outre, continue le jugement, "cette clause ne fait pas échec aux dispositions de l'article 2036 du code civil selon lesquelles la caution peut opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette, en particulier l'exception de force majeure."

(230) A preuve, le colloque de Tours, organisé les 19 et 20 juin 1980 par la FEDUCI et qui réunit plus de 300 participants.

(231) Paris 15 oct; 1973, Rev. jur. Comm., 1973, 273.

Ainsi, dans un premier temps, la jurisprudence française rejette toute originalité au "cautionnement à première demande". Pour ce faire, elle présuppose - selon le raisonnement déjà critiqué par Rossi (232) - l'identification de la notion de sûreté personnelle à sa forme légale :

M : Toute sûreté personnelle est un cautionnement, tel que réglementé légalement

m : Or la caution ou garantie "à première demande" est une sûreté personnelle

C : Donc la caution ou garantie "à première demande" est un cautionnement tel que réglementé légalement.

Cette première conclusion est elle-même la mineure d'un second syllogisme dont la majeure et conclusions sont les suivantes :

M : Or le cautionnement tel que réglementé légalement est accessoire

C : Donc la caution ou garantie "à première demande" est accessoire. (233)

Nous avons déjà noté l'origine de la confusion : sûreté personnelle - cautionnement accessoire (234) et démontré combien l'extension progressivement reconnue par l'ordre juridique à la notion de sûreté personnelle permettait d'affirmer l'erreur de cette approche réductrice. (235)

241. Un second argument est cependant développé - ou plutôt suggéré - à l'appui de l'approche réductrice. Il s'appuie sur le fait qu'une sûreté personnelle non accessoire serait un engagement abstrait dès lors nul en vertu de l'article 1131 code civil. (236)

(232) *Sur les critiques de Rossi à propos de la tendance réductrice française, supra n°91 et n° 181.*

(233) *La présentation de ce raisonnement est déjà fait à propos des seules sûretés civiles, supra n°97.*

(234) *Sur la confusion des mots "accessio" et "accessorité", nos remarques, supra n°95 et s.*

(235) *... reconnaissances de sûretés personnelles non réductibles au cautionnement, le cautionnement d'un incapable, l'aval, le cautionnement d'une dette nulle de nullité relative, supra n°98 et s.*

(236) *Comp. les réflexions bien plus nettes encore du tribunal de commerce de Bruxelles, étudié infra n°242.*

La Banque du Caire soutenait que l'engagement du contre-garant de payer à première demande du bénéficiaire constituait un engagement "abstrait" "en raison duquel ce contre-garant demeure engagée, sans qu'il soit permis de faire dépendre sa validité, son existence ou la survie de sa validité, de l'existence, de la survie des engagements commerciaux ayant pu ou pouvant encore exister entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire." La cour répond à cette argumentation. Il ne s'agit pas d'un engagement "abstrait", "puisque'il porte sur le cautionnement d'un marché de traverses de pin des Landes (237)". La cour ajoute : "S'il en était autrement cet engagement serait sans cause et sans effet en vertu de l'article 1131 du code civil."

Le raisonnement adopté confond - et cette confusion rappelle la confusion faite par la doctrine allemande - non accessoriété de la sûreté personnelle et nature abstraite de celle-ci (238). Cette confusion qui n'enlevait rien à la validité de la sûreté personnelle non accessoire en droit allemand aboutit à sa nullité dans un ordre juridique fondé sur la nécessité d'une cause dans tous les actes juridiques. On retrouvera cet argument dans la seconde décision belge que nous allons examiner maintenant,

(237) Remarquer l'erreur du raisonnement proposé par la cour : la clause du cautionnement est l'opération garantie. Donc le cautionnement est accessoire. Pour démontrer que le cautionnement doit être accessoire, le raisonnement de la cour est bien insuffisant, il eut fallu affirmer que la cause du cautionnement était l'obligation en principe à naître de l'opération garantie.

La doctrine française récente (Vasseur, Gavalda et Stoufflet, Villerey) n'affirme-t-elle pas que la cause de la garantie "automatique" est l'opération garantie?

(238) *supra* n°145.

2. La décision du tribunal de commerce de Bruxelles du 7 août 1979 (239)

242. Sans contester le dispositif de la décision du tribunal de Bruxelles - il n'est pas évident en effet qu'une bonne interprétation des clauses de la garantie bancaire aurait conduit à un résultat différent (240) - il y a cependant lieu de noter certains attendus du tribunal qui militent contre la reconnaissance de la garantie "automatique".

La banque belge contre garante "à première demande" s'était exécutée^e. Elle réclamait le remboursement de son paiement au donneur d'ordre. Celui-ci fit valoir que la banque n'avait pas à payer étant donné que l'obligation principale du donneur d'ordre avait été exécutée.

La banque belge fit valoir que son engagement de garantie était abstrait et que les contestations relatives à l'obligation principale ne pouvaient retarder le paiement de la garantie.

La cour repousse l'argument bancaire : "Attendu, enfin, que la cour de cassation, dans un arrêt rendu le 13 novembre 1969 (241) a estimé que seule la loi peut conférer par dérogation au droit commun, un caractère abstrait à un acte ; "

(239) Trib. comm. Brux. 7 août 1979, publié par extrait in *Rev. Jur. comm.*, 1980, I, 146.

(240) Notamment la clause : "Nous avons l'honneur de vous informer que nous portons cautions conjoints et solidaires du (donneur d'ordre) ... pour le remboursement du montant qui a été versé au dit (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" (Cfr. à cet égard, notre article : *Règles d'interprétation pour déterminer le type choisi*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981).

(241) R.C.J.B., 1970, 326, note P. Van Ommeslaghe. 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."

La même idée est rappelée sept ans plus tard in Cass. 5 nov. 1976, R.C.J.B., 1979, 131, note M. Van Quickenborne.

"Attendu que la validité d'une opération juridique est subordonnée à l'existence d'une cause ; Que cette règle est applicable à tous les actes juridiques tant unilatéraux que bilatéraux et ne reçoit d'exception que dans les cas où la loi admet que l'acte se suffit à lui-même et peut être abstrait de sa cause..., qu'aucune disposition légale ne permet en Belgique de créer une garantie "abstraite;"

"Que chaque fois que le législateur a admis la validité d'un titre non causé (chèque, lettre de change), il a pris toute une série de précautions d'un formalisme très strict, quant aux délais de présentation, à la validité du paiement, etc. ;"

Ainsi la garantie "automatique" du fait que l'engagement du garant ne dépend pas du sort ou de l'existence de l'obligation née de l'opération garantie serait abstraite. L'affirmation sous entend donc que la cause de la garantie en question est nécessairement l'obligation à naître de l'opération garantie (242). Cette supposition nécessaire suggère à nouveau l'opposition allemande : cautionnement-"causal" - garantie "abstraite", et contredit l'enseignement de doctrine classique qui affirme le caractère abstrait du cautionnement.

243. Cette garantie définie comme "abstraite" serait dès lors nulle, la jurisprudence interdisant la création d'actes abstraits en dehors des cas prévus par la loi. Sans pour autant nous prononcer définitivement sur la nature juridique de la garantie "automatique", relevons cependant la faiblesse de l'argumentation du tribunal de commerce de Bruxelles. On connaît en effet le sort que la doctrine (243) a réservé à cette interprétation restrictive de l'exception légale. L'annotateur de l'arrêt (244) reconnaît lui-même : "si le législateur a organisé de manière plus ou moins précise le mécanisme de certains titres négociables, concrets ou abstraits, cela n'exclut nullement la faculté

(242) *puisque c'est de la validité de cette obligation de base que la validité de la garantie est détachée.*

(243) *Ainsi, en particulier Van Lier H., Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, J.T., 1980, 350 et 351.*

(244) *Van Omneslaghe P., Observations sur la théorie de la cause, note sous Cass. 13 nov. 1969, RCJB, 1970, 361 et 362. Ces arguments de Van Omneslaghe sont repris tels quels dans une décision arbitrale de la CCI soumise au droit belge, aff. n°3316, Doc n°410/3385 et emportent la décision arbitrale. Il est à noter que la décision arbitrale à laquelle nous nous référons a donné par la suite lieu à une ordonnance de référé du président du tribunal de commerce de Bruxelles, le 23 octobre 1980 qui confirme le devoir de paiement du garant.*

de créer d'autres titres négociables - en dehors de ceux que la loi prévoit. De tels titres peuvent parfaitement être émis en vertu de l'autonomie de la volonté et ils sont rencontrés dans la pratique sous des formes diverses."

"... la pratique a en effet créé pour les besoins de la vie des affaires particulièrement, des actes abstraits de leur cause, indépendamment de toute intervention positive du législateur par le jeu de l'autonomie de la volonté. Ces actes répondent à des nécessités certaines, ils sont utilisés fréquemment et ne présentent aucun inconvénient, ils traduisent un besoin de sécurité juridique et de rapidité des transactions comme les actes abstraits déjà organisés par la loi positive."

Van Ommeslaghe applique notamment ce raisonnement à la garantie "à première demande" contrat abstrait innommé et ces réflexions seront certes à l'origine de la doctrine belge récente qui légitime la garantie "automatique" tout en lui reconnaissant une nature abstraite.

B. La reconnaissance de la validité de la garantie bancaire "automatique" dans les jurisprudences belge et française.

244. Tant la jurisprudence française que belge ont refusé de suivre le raisonnement proposé par les deux décisions déjà citées. Elles l'ont fait avec des arguments divers qu'il nous importera de relever.

Leur analyse permet d'entrevoir la conception que la jurisprudence se fait de la nature juridique des diverses formes de garanties délivrées par les banques et caractérisées par leur abstraction "ausens technique", comme dirait Portale. (245)

D'autre part, quelques unes de ces décisions ont noté les limites de cette abstraction. En cela, elles rejoignent les décisions étrangères où la "fraude" du bénéficiaire constitue une exception susceptible d'être invoquée par le donneur d'ordre pour paralyser la demande en paiement faite auprès de la banque garante (246).

245. Passons rapidement en vue les différentes décisions, nombreuses en France, plus rares en Belgique.

Dans notre pays, la décision du tribunal de commerce de Bruxelles déjà notée a été précédée par un jugement rendu par le tribunal de commerce de Charleroi du 16 mars 1972 (247) : "la lettre de garantie, affirmait déjà le tribunal,... est un engagement abstrait de la demanderesse envers (le bénéficiaire); 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 débiton étaient remplies."

(245) *Sur ce point, supra n°233.*

(246) *dans la doctrine anglaise et américaine, supra n°211 et s., dans la doctrine germanique supra n°225. infra, nos réflexions, n°225.*

(247) *Trib. comm. Charleroi, 16 mars 1972, inédit cité par Simont-Bruyneel, Chron. de Jur. bancaire, Rev. de la Banque, 1980, 99 et s.*

Cette reconnaissance de la validité de la lettre de garantie en l'espèce une garantie "automatique" et l'affirmation de la nature "abstraite" de l'engagement du garant contredisent les attendus du tribunal de commerce de Bruxelles cités.

La décision du même tribunal de commerce de Bruxelles du 21 novembre 1979 (248) n'affronte pas de face les attendus du 7 août.

A propos d'une garantie délivrée à une société indienne dans le cas où le donneur d'ordre belge "négligerait d'observer ou d'exécuter une quelconque de ses obligations lui incombant sur base du contrat passé (avec la société indienne) (248 bis)." Le tribunal note : "La garantie bancaire litigieuse est une opération complexe qui tient à la fois de la caution et du mandat...(249)

(248) Trib. comm. Bruxelles 21 nov. 1979, *Jur. comm. Belg.*, 1980, I, 141 et s.

(248 bis) Cette clause fait clairement référence aux obligations du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. L'interprétation de cette clause conduit à affirmer la présence d'un simple cautionnement et non d'une autre forme de sûreté personnelle. On peut dès lors s'étonner que ce soit à propos d'une "garantie" de ce style que le tribunal de commerce de Bruxelles éprouve la nécessité de reconnaître l'existence de ce qu'il appelle la garantie documentaire. Cf. notre article, *Règles d'interprétation pour déterminer le type de sûreté personnelle choisi*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.

(249) Le tribunal exprime maladroitement le principe selon, lequel, le contrat de garantie s'intègre dans une opération tripartite.

Si l'on ne peut suivre la défenderesse qui avance, assez témérairement, semble-t-il, que l'obligation du banquier présente un caractère "abstrait" emprunté à l'obligation cambiaire (250), on peut par contre parfaitement s'accorder avec M. Matray (251) selon qui, la garantie devient "documentaire" : le banquier doit exécuter sa garantie dès lors que les conditions prévues dans l'acte de garantie sont réunies, sans vérifier plus avant le bien fondé des griefs de l'acheteur. Ceci tout comme le banquier émetteur ou confirmateur dans le crédit documentaire qui doit payer dès que les documents prévus lui sont remis, en ne vérifiant que leur conformité interne et sans se préoccuper de la réalité de l'opération dont ils témoignent..."

L'analogie invoquée par le tribunal pour valider la garantie bancaire ne va pas jusqu'à la confusion de cette institution et du crédit documentaire (252). "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 avoir lieu à recours aléatoire en matière de commerce international, à d'éventuelles juridictions..."

Les précisions données par cet attendu doivent être notées : la garantie en tant qu'engagement subsidiaire se distingue de crédit documentaire (253)

(250) Le tribunal fait ici référence à l'opinion de Heenen (Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, Rec. Soc. J. Bodin, T. XXX, Bruxelles, 1969, 153) Sur cette opinion, *infra* n°253 et s.

(251) Matray L., L'arbitrage et les garanties contractuelles, Rev. de la Banque, 1974, 282. Cet auteur envisage la sentence arbitrale comme document particulier sur base duquel le garant devrait payer. Il ne nie pas pour autant l'existence d'autres garanties "documentaires" ni celle des garanties "automatiques". Le raisonnement du tribunal est donc singulièrement plus restrictif.

(252) Comp. avec les doctrines anglo saxonnes, *supra* n°212.

(253) Le tribunal suit en cela la doctrine germanique qui insiste sur cette différence essentielle du crédit documentaire par rapport à la lettre de garantie. Le crédit documentaire a une fonction "primar" (principale), celle de paiement (Zahlungsfunktion). Le contrat de garantie, une fonction subsidiaire celle d'assurer (Sicherungsfunktion) la bonne exécution de l'obligation d'autrui, débiteur principal (*supra* n°127)

Cet engagement subsidiaire est entrevu comme un "contrat d'indemnité". Nous retrouvons ici une tendance déjà développée en Italie et Allemagne. (254)

246. Soulignons enfin l'ordonnance du Président du tribunal de commerce de Bruxelles du 15 janvier 1980 (255) qui reconnaît que le devoir de paiement du garant "à première demande" en principe absolu, souffre cependant des exceptions, telle lorsque la demande est manifestement abusive. Cette déclaration de principe rejoint les développements semblables des jurisprudences et doctrine germanique d'abord, de la doctrine italienne ensuite (256).

Certes, selon l'expression du président, "le garant à première demande" s'engage à assurer au bénéficiaire, même non créancier, la sécurité absolue du bénéficiaire", cependant "le caractère abstrait de cette obligation ne trouve plus à s'appliquer lorsque l'appel est manifestement abusif et va à l'encontre de la règle de bonne foi applicable au contrat de garantie." (257)

En l'occurrence, l'appel était-il manifestement abusif ? Le cas mérite d'être cité. La garantie avait été émise à l'ordre d'un ensemblier belge pour la bonne fin de son contrat conclu avec le bénéficiaire arabe. Suite à une collusion entre un des fournisseurs, sous-traitant français et le bénéficiaire, ce dernier avait rompu le contrat et appelé la garantie. L'appel, estime le président du tribunal, est non seulement abusif mais encore manifestement abusif. Le fait d'un conseil juridique commun à la société sous traitante et au bénéficiaire et la mainlevée, pour accord frauduleux des derniers cités, d'une saisie-arrêt pratiquée par le sous-traitant français sur les avoirs de l'ensemblier belge pour les sommes qui lui étaient dûes sont les preuves liquides de cette fraude dès lors manifeste. (258)

(254) A propos de cette conception de la garantie comme "contrat indemnitaire" et sa critique, *supra* n°198 et n°230.

(255) Ord. Prés. Trib. comm. Brux. 15 janv. 1980, *Jur. comm. Belg.* 1980, I, 149.

(256) *supra* n°236.

(257) Même motivation que dans la doctrine germanique, n°224, et chez Portale, n°237. *Comp. infra* notre solution, n°308

(258) Le président du tribunal belge ne semble pas plus que celui du tribunal de Francfort (*supra* n°225) s'intéresser à la question de savoir si cette fraude était connue du banquier. On peut cependant penser que oui, puisque la saisie-arrêt concernait les sommes d'un crédit documentaire dans laquelle la banque était partie.

247. Les décisions françaises relatives à la question, sont certes plus nombreuses. On peut cependant regretter que la doctrine ait tiré un peu hâtivement de certaines décisions une consécration de la validité de la garantie "indépendante", là où le juge n'avait fait qu'appliquer les règles du cautionnement ou du moins, là où le juge n'aurait pas abouti à d'autres solutions en se basant sur la réglementation du cautionnement.

Cette nuance peut être illustrée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 juin 1967 (259). L'annotateur (260) y voit une consécration de l'originalité de la garantie inconditionnelle à première demande. "Une caution de banque "inconditionnelle" et "à première demande" ne peut ignorer que cette caution n'aura pas la possibilité de "discuter" et qu'elle devra effectivement payer "à première demande". L'arrêt est cependant bien plus nuancé. S'il cite, certes, un des arguments bancaires selon lequel, "il appartiendra au donneur d'ordre de régler ses comptes avec le bénéficiaire mais que elle-même (la banque *) ne peut subir le délai et les aléas de ce litige et doit être immédiatement remboursée de la somme qu'elle s'était engagée à verser à premier demande du bénéficiaire à titre de caution inconditionnelle et irrévocable du donneur d'ordre", l'arrêt ne reprend pas l'argument à son compte et se contente, au contraire, de noter : "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 contestation (261).

(259) *Paris 2 juin 1967, Rev. Jur. Comm., 1967, 709, note E.M.*

(260) *E.M., note sous Paris 2 juin 1967, Rev. Jur. comm., 1967, 715.*

(261) *L'acheteur sans contester le décompte final faisait valoir uniquement certaines demandes d'abattement, ce qui permet au juge de statuer tout en ne s'écartant pas du droit du cautionnement. Il aurait été intéressant de savoir comment la cour d'appel eût réagi s'il y avait eu véritable contestation sur le fond du droit.*

La même remarque peut être adressée à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 décembre 1977 (262), où il s'agissait d'une caution bancaire inconditionnelle délivrée au profit d'une administration pour remboursement de l'avance consentie au donneur d'ordre. Le raisonnement des juges s'appuie sur le fait que la caution portait sur une créance bien déterminée, celle née de l'avance de démanage, créance "indépendante" des autres comptes entre donneur d'ordre et bénéficiaire.

A lire attentivement ce raisonnement du tribunal, il ne s'agit pas pour le juge de reconnaître la nature juridique indépendante de la garantie mais simplement d'affirmer qu'in concreto, la détermination de son objet s'opposait à une quelconque extension. Le raisonnement n'aurait pas été différent en cas de cautionnement. Si la banque 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. (263)

248. Une constatation plus nuancée du même ordre doit être faite pour l'arrêt du 18 novembre 1978 (264). Il s'agissait là aussi, même si le texte de la caution prévoyait un "paiement à première demande sans pouvoir en différer le paiement et soulever de contestations pour quelque motif que ce soit," de ne pas étendre le "cautionnement" prévu pour une opération déterminée au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. S'il s'agit ^{surtout} donc fondamentalement d'une question d'objet de la garantie, relevons cependant que le tribunal note : "la Banque garante, ayant expressément indiqué qu'elle s'engage ait à payer à première demande au titre des commandes sans pouvoir en différer le paiement.

(262) Paris 8 déc. 1977, D. 1979, J., 259, obs. M. Vasseur. Il s'agissait d'un cautionnement pour avances donnée par une administration publique nationale.

(263) comme le sous-entend pourtant la note de Vasseur. L'arrêt de Cassation du 12 juin 1979 (Bull. cass., 1967, IV, n°197) qui suit la décision d'appel prétend d'ailleurs rester 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."

(264) Paris 14 nov. 1978, D. 1979, J., 259, obs. M. Vasseur. Il s'agissait d'un cautionnement de bonne exécution donné dans le commerce international.

ni soulever de contestation pour quelque motif que ce soit", a renoncé par là, par avance, à toute exception (265) Mais considérant..., ajoute la cour, que l'engagement de la banque de ne pas différer le paiement ou de ne pas soulever de contestation implique nécessairement que la réclamation du créancier soit afférente à la fois au débiteur cautionné et à la commande en cause (266)."

Ces nuances données, il est intéressant de constater que la note de Vasseur (267) voit dans cette décision une consécration de la garantie "indépendante" et suggère que le véritable fondement du non paiement par le banquier garant dans ce cas est la mauvaise foi du bénéficiaire (268) : "Est-ce à dire alors qu', en cas de garantie indépendante, le garant doit payer les yeux fermés, "à première demande", suivant l'expression utilisée par les actes de garantie sans contrôle ! S'il en était ainsi, le garant serait exposé à subir la mauvaise foi la plus évidente du créancier". La justification par la mauvaise foi évidente du bénéficiaire s'ajoute donc à celle du tribunal fondée sur l'objet. Il nous appartiendra de revenir sur ces limites de l'abstraction de la garantie "automatique".

249. Nous en avons terminé avec les reconnaissances ambiguës des cours françaises. Certaines plus explicites, ainsi celle de la cour d'appel de Rennes du 1 juin 1978 (269) n'en sont pas moins contestables. L'affaire tranchée par la cour était complexe.

(265) Ce premier argument admet donc que la sûreté personnelle précise renoncer à opposer les exceptions du contrat de base.

(266) Ce second argument fait référence purement et simplement au droit du cautionnement et rend inutile à la limite le premier argument.

(267) Vasseur M., note citée, D. 1979, 262.

(268) Nous reviendrons sur la mauvaise foi comme limite à l'abstraction de la garantie "automatique" (infra, n° 285). Il ne nous semble pas cependant que ce soit cette limite qui, in concreto, devait être invoquée.

(269) Rennes 11 juillet 1978, inédit, repris dans la Revue de jurisprudence parue in Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Dossier de documentation, Colloque de Tours.

Relevons simplement qu'une garantie "inconditionnelle" bancaire est payée, nonobstant les protestations du donneur d'ordre fondées sur la caducité de l'engagement limité dans le temps.

La cour française refuse la prise en considération des moyens du défendeur et semble consacrer l'originalité de la nature juridique de la garantie sur base d'un raisonnement analogique avec la situation du crédit documentaire : "Les crédits sont par leur nature des opérations distinctes des ventes.. qui peuvent en former la base, qui ne regardent cependant les banques en aucune façon et ne sauraient les engager." ... "Considérant (dès lors) que si le (donneur d'ordre) persiste à vouloir faire prévaloir son point de vue sur le jeu de la garantie inconditionnelle qui selon elle n'aurait pas dû intervenir il lui appartient de saisir (ultérieurement) la juridiction compétente pour faire trancher son différend avec les acheteurs (270)."

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 mais non la réponse au moyen invoqué par le donneur d'ordre qu'au contraire il renforce. L'analogie avec le crédit documentaire justifierait en effet que la question de la date limite de la garantie soit importante et que le juge refuse tout paiement de la garantie lors d'un envoi tardif. (270 bis)

Signalons ensuite deux arrêts de la cour d'appel de Paris (270 ter) qui reconnaissent sur base du principe de la liberté contractuelle (271) la validité de la garantie "indépendante" sans s'inquiéter de leur nature juridique. Le premier arrêt du 22 juin 1978 (272) , concernait une caution "à première démarche" délivrée pour la bonne fin d'un marché public communal.

La Banque avait payé la garantie appelée et réclamait remboursement de la somme au donneur d'ordre. Ce dernier refusait, faisant valoir que l'administration avait par la suite reconnu n'être point créancière. Les juges donnent raison au banquier "considérant que le donneur d'ordre... n'est pas fondé à opposer à la demande de paiement formée par la banque" le fait que la ville

(270) *Comp. avec les attendus des tribunaux anglais qui développe la même analogie, supra n°205.*

(270 bis) *Comp. la solution de l'arrêt allemand OLG Stuttgart 25 janv. 1979 (RiW/AWD 1980, 729). Dans l'arrêt allemand, par suite de la guerre civile du Liban, la demande du bénéficiaire n'avait pu être transmise à temps. Les juges allemands nient le devoir de paiement du garant étant donné que les risques pris en charge par la garantie comme par le crédit documentaire sont strictement limités dans le temps.*

- (270 ter) Il faut ajouter depuis un troisième arrêt, celui du 1er juin 1979 (repris par Villerey, *Les garanties bancaires du commerce international, Rapport de droit français, Actes du colloque de Tour, Paris, 1980* et par Gavalda-Stoufflet, *La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm.*, 1979, 9, note 7) : "Les paiements à effectuer (par le garant) sont détachés du contentieux qui peut prendre naissance à l'occasion des marchés garantis."
- (271) article 1134 du code civil.
- (272) Paris 22 juin 1978, D. 1979, J., 259, obs. M. Vasseur.

bénéficiaire ait ensuite annulé son titre de recette, reconnaissant que celui-ci avait été émis à tort, étant entendu qu'il lui appartiendra de se faire rembourser par le comptable public la somme que ce dernier a indûment perçue".

Le second date du 28 septembre 1978 (273). La garantie "à première requête" avait été donnée dans le commerce international en restitution d'un acompte. La clause bancaire prévue initialement ajoutait que le paiement "à première requête" aurait lieu "en cas de non embarquement". Cet ajout avait été supprimé à la demande conjointe des donneurs d'ordre et bénéficiaire.

La banque appelée paie nonobstant l'opposition du donneur d'ordre qui fait valoir la bonne exécution de ses obligations. La cour refuse l'argument des défendeurs.

"Considérant que les arguments de fait relatifs à l'expédition des marchandises antérieurement à la demande du bénéficiaire... concernent l'application des clauses de l'article 19 du marché liant donneur d'ordre et bénéficiaire auquel ne sont parties (aucune des deux banques contregarantes*) ;"

"Considérant que si la lettre du contregarant exposait le but de la garantie demandée, savoir de permettre le paiement du premier acompte de 20 %, elle n'imposait pas de lier garantie et livraison, la seule condition de la mise en oeuvre étant celle de n'être valable que dans la période de validité de l'engagement à l'intérieur des délais d'expédition;"

"Considérant qu'il n'appartenait pas à la société générale de rechercher si l'exigence du bénéficiaire ou de la garante.. était ou non justifiée par une des clauses du contrat dans la mesure où cette garantie ne comportait pas d'autre condition (274) à sa mise en oeuvre que d'être demandée avant une date

(273) Paris 28 sept. 1978, inédit, repris dans la revue de jurisprudence, déjà citée.

(274) S'il s'agissait bien in concreto d'une garantie "automatique", remarquons au passage, combien l'opposition garantie "conditionnelle", garantie "inconditionnelle" est dangereuse, puisque même la garantie "automatique" peut être dite "conditionnelle" comme le suggère la cour d'appel de Paris. Sur ce point, notre article, Les garanties contractuelles dans le commerce international, Définition et pratique des garanties en Europe Occidentale, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.

sur laquelle le donneur d'ordre était d'accord sans réserve, condition respectée par le bénéficiaire ;"

"...."

"Qu'au surplus... la banque contregarante a envoyé un télégramme à son correspondant faisant ressortir que le dernier embarquement de marchandises ayant eu lieu le 15 octobre 1971, la garantie était devenue sans objet ;"

"Que néanmoins, la banque garante a répliqué qu'un banquier expérimenté devrait "réaliser" que les garanties sont payables sur première demande nonobstant les attermolements du contractant et que les banques n'interviennent pas dans les engagements entre parties (275), ajoutant qu'elle avait un grand regret du retard à liquider cette garantie."

C'est donc en référence au seul libellé de la garantie accepté contractuellement par l'ensemble des parties que les juges légitiment l'indépendance totale de l'engagement du garant "à première demande" par rapport aux relations contractuelles. Les parties en particulier le donneur d'ordre ont pu et dû envisagé les risques nés de la signature d'un tel engagement et ne sont dès lors pas fondés à en contester les conséquences (276).

251. La même référence au libellé de la garantie automatique de restitution d'acompte avec cette fois clause de libération proportionnelle de la garantie "au fur et à mesure des embarquements" justifie, estime la cour d'appel d'Aix (277), une ordonnance de référé réclamée par le donneur d'ordre contre le garant qui se disposait à payer l'entièreté de la garantie malgré la preuve d'embarquements successifs. Le contrat fait la loi des parties : "autrement dit, si les garants devaient à première demande du garant payer sans pouvoir prendre en considération les protestations du donneur d'ordre, ils ne devaient payer que la garantie due au moment de cette demande mais non pas la garantie initiale sans tenir

(275) *Comp. avec les attendus de la décision anglaise : R.D. Harbottle Ltd v. Nat. Westminster Bank Ltd, 3 W.L.R., 1977, 752, Kerr J.*

(276) *"Dans ce cas, le demandeur a pris le risque d'une énonciation inconditionnelle des garanties..." (RD Harbottle Ltd v. Nat. Westminster Bank Ltd cité note 275)*

(277) *Aix, 31 mars 1978, inédit.*

Une décision de la cour de cassation du 3 mars 1980 (inédite) confirme cette décision de la cour d'appel d'Aix.

compte des libérations automatiques intervenues (278)... il était facile (étant donnée la technique utilisée) à chacun des garants successifs de connaître la partie de la garantie libérée et la partie de la garantie subsistante.

Seule, une ordonnance de référé récente rendue au tribunal de grande instance de Paris, le 13 mai 1980 (279) évoque la nature abstraite de l'engagement de garantie : "attendu que ceci étant, la garantie s'analyse, d'une part, comme comportant un engagement personnel, 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 marché commercial de base..."

Cette ordonnance soulève une autre question. Nonobstant le caractère abstrait de l'engagement le juge admet la garantie puisse faire l'objet d'une saisie-arrêt, en présence d'une créance certaine dans son montant, liquide et exigible de la part du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. Elle repousse l'argument bancaire selon lequel le donneur d'ordre s'est interdit, par avance et sans réserve, de contester les paiements qui seraient faits par le garant au motif qui "la renonciation contractuellement acceptée par le donneur d'ordre de ne pas discuter l'appel de la garantie à première demande dans le cadre de ses relations d'affaires avec le bénéficiaire ne constituaient pas pour autant, sous peine de déni de justice, une sorte de carcan, qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son contractant, au point de lui interdire d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français."

Cette déclaration du juge des référés faisant suite à celle du juge des saisies est importante. Elle semble reconnaître la validité de mesures provisoires pratiquées sur une garantie sans aucune restriction et n'admet pas dès lors les limitations prévues par les ordres juridiques étrangers, à savoir la condition de la "fraude manifeste".

(278) Il s'agissait en l'occurrence d'une garantie automatique avec clause de réduction forfaitaire (Sur cette pratique, nos réflexions in *Les garanties bancaires dans le commerce international, Définition et pratique de la garantie en Europe Occidentale*, op. cité)

(279) Trib. gr. Inst. Paris 13 mai 1980 (référé), D. 1980, 488, obs. Gavalda et Stoufflet. Nous reviendrons amplement sur cette décision, infra n° A noter à l'inverse, la décision de la cour d'appel de Riom du 14 mai 1980 dont les attendus seront étudiés infra n°274.

252. En conclusion, jurisprudences française et belge s'accordent pour reconnaître la validité de la garantie "automatique", ou plus précisément de garanties dotées d'un "degré d'abstraction au sens technique" supérieur à celui du cautionnement. La validité de tels engagements repose tantôt sur une analogie avec le crédit documentaire, tantôt sur le principe de la liberté contractuelle, tantôt sur l'admissibilité exceptionnelle d'actes abstraits pour les besoins du commerce international. Enfin, elle reconnaît l'existence de limites à cette abstraction, sans s'accorder pour autant parfaitement sur l'ampleur de ces limites.

C'est à partir de ces divers courants que les doctrines française et belge se construisent.

§ 2. La doctrine belge : la garantie "automatique" comme acte unilatéral abstrait.

253. Deux arguments justifient la préséance réservée à l'étude de la doctrine belge par rapport à celle française.

Le premier est purement chronologique. Dès 1965 (280), les professeurs Heenen et Van Rijn (281) notaient l'existence dans le commerce international d'une forme de sûreté personnelle non réductible au cautionnement : la garantie "à première demande". (282) Par contre en France, ce n'est que tout récemment que doctrine et jurisprudence (283) se sont aperçus de l'originalité de certaines garanties émises par les banques. Ainsi, il est significatif, que la thèse française : "Le cautionnement bancaire" thèse de Wattiez (284) défendue en 1964, soit un an avant la déclaration des professeurs Van Rijn et Heenen, n'ait pas abordé, ni même soulevé la question alors que nombre de "cautionnements" étudiés par l'auteur étaient en réalité des véritables garanties automatiques (285).

(280) Remarquons qu'à cette époque, jurisprudence et doctrine germaniques s'étaient depuis longtemps inquiétée de la nature juridique de certaines garanties délivrées par les banques

(281) Van Rijn-Heenen, *Principes de droit commercial*, T. IV, n°217I.

(282) Nous avons déjà noté les raisons pour lesquelles nous préférons à la dénomination garantie "à première demande", celle de garantie "automatique" supra n° 202, note 3

(283) La note signée E.M., sous Paris 2 juin 1967, 709 est la première à envisager ce type de sûreté personnelle (Sur cet arrêt, supra n°247)

(284) Wattiez J., *Le cautionnement bancaire*, thèse, Paris 1964. Aucun des traités de droit commercial et de droit bancaire français ne mentionne pour le moment cette pratique.

(285) A cet égard, certains "cautionnements" à première demande" délivrés par les banques au profit d'administrations publiques, repris en annexe de l'ouvrage de Wattiez (particulièrement ceux p. 165 et 171 in fine)

Le second argument tient à l'originalité de l'explication juridique proposée par les auteurs belges. Ceux-ci justifient par l'autonomie du droit commercial (286) la nature juridique de la garantie automatique nature) doublement exceptionnelle aux yeux du civiliste : la garantie automatique est à leurs yeux, un acte unilatéral abstrait. Avant d'aborder l'optique plus traditionnelle du droit français où la garantie "automatique" est contrat causal suivant les principes du code civil, il est peut être bon de s'interroger sur la valeur de l'explication belge.

Cette explication par, la double thèse de l'acte unilatéral abstrait est présente dès le premier écrit, celui de Van Rijn - Heenen :

"le cautionnement ne donne pas au créancier la garantie inconditionnelle que
 "l'on recherche dans les affaires puisque la caution peut opposer au créancier les
 " exceptions qui appartiennent au débiteur garanti Certains acheteurs
 " généralement des organismes publics exigent en effet que le constructeur
 " fournisse une garantie destinée à assurer la bonne exécution d'une commande
 " (qualité et bon fonctionnement du matériel livré). Dans le document constatant
 " la garantie, un banquier s'engage à payer une somme déterminée à la première
 " demande écrite de l'acheteur, sans que celui-ci ait à fournir aucune
 " justification. Il s'agit d'un engagement abstrait, analogue à l'engagement
 " cambiaire, mais dépourvu de tout formalisme." (287)

(286) " Le crédit irrévocable est, en réalité, une nouvelle manifestation de l'autonomie du droit commercial ..D'où le recours à trois procédés techniques que ne sont sans doute pas l'apanage du droit commercial, mais dont celui-ci se soit plus souvent que le droit civil : l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, l'obligation abstraite et le formalisme" Le raisonnement est bien évidemment étendu à la garantie bancaire "automatique" (Heenen J.; Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge, Rec. Soc. J. Bodin, 1969, T. III, 159)

(287) Van Rijn - Heenen, Principes de droit commercial, T. IV, n°2561.

A. La garantie "automatique" est un acte unilatéral : la proposition et sa critique.

1. Exposé de la thèse : l'argument bancaire

264. On connaît la faveur qui entoure en Belgique la théorie de l'acte unilatéral (288). L'école de Bruxelles (289) s'est largement prononcée en sa faveur et même la cour de cassation semble l'avoir un instant admise (290)

Notre propos n'est pas de reproduire la critique d'ensemble faite à cette théorie par M. Coipel (291) mais simplement de reprendre quelques réflexions à propos de l'utilisation de cette théorie dans deux techniques bancaires (292) : le crédit documentaire et la garantie "automatique" (292 bis).

(288) Nous avons déjà eu l'occasion de souligner qu'il n'en était pas ainsi en droit germanique, droit auquel les partisans belges de l'acte unilatéral prétendent pourtant se référer (Cfr l'article de M. Le professeur Coipel, *La théorie de l'engagement par volonté unilatérale*, RCJB, 1980, 68, note 20)

(289) Sont en effet favorables à cette théorie, De Page H., *Traité*, T. III, n°51 et s. ; Van Omneslaghe P., *Examen de jurisprudence, Les obligations*, RCJB, 1975, 629 ; Van Rijn-Heenen, *Principes de droit commercial*, T. II, n°318, 1582 ; Van Rijn J., *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit commercial* Mélanges Dabin, Bruxelles, 1963, T. II, 953 ; Simon L., *Cession de bail*, in *La transmission des obligations*, Travaux IXe journées Jean Dabin, 1980, 298 et s.

(290) à propos de l'octroi d'une prime de fin d'année Cass. 18 déc. 1974, J.T.T., 1975, 53 ; RCJB, 1980, 64, note M. Coipel. Sept arrêts (quatre arrêts du 20 avril 1977 (Pas. 1977, I, 854) et trois arrêts du 3 avril 1978 (Pas. 1978, I, 850)) ont depuis solutionné la question de la nature juridique attribuable à la prime de fin d'année de façon différente en l'incluant simplement dans la notion de rémunération. Van Omneslaghe, dans sa chronique (*Examen de jurisprudence, Les obligations* - RCJB, 1975, 632) estime même que le premier arrêt lève toute restriction à la reconnaissance du pouvoir créateur de l'acte unilatéral.

(291) Coipel M., art. cité, 65 et s. Citons simplement les conclusions de cet article : "En conclusion, nous pensons que la cour de Cassation ne devait pas inclure.... l'obligation souscrite unilatéralement dans l'énumération des sources d'obligation."

(292) A noter 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."

(292 bis) Si nous nous en tiendrons dans la suite de l'exposé à ces deux mécanismes bancaires, remarquons toutefois que Van Omneslaghe (op. cité, 628) suggère l'extension à un troisième mécanisme : la "lettre de patronage" donnée par la société mère en faveur d'une banque à l'appui du crédit consenti par cette dernière à la filiale.

En effet, les auteurs (293) qui ont défendu le caractère unilatéral de l'engagement de la banque garante ont repris l'argumentation déjà utilisée pour le crédit documentaire (294).

- (293) En ce sens, outre Van Rijn et Heenen (op. cités), les déclarations de Van Ommeslaghe, *Chronique de jurisprudence, Les obligations*, RCJB, 1975, 629) : "On peut citer.. encore certaines obligations abstraites assumées notamment par des banques, dans des conditions proches assurément de celles qui résultent du crédit documentaire mais néanmoins différentes."; de Van Lier (op. cité, eod. loco) et de Velu S., *Les garanties bancaires dans le commerce international, Rapport en droit belge, actes du colloque de Tours, 1981.*) ; Par contre, le rapport de M. Simont au même colloque (questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome) se montre plus réservé : en cas de contre-garantie, il y a, selon lui, contrat ; contra Matray L., *L'arbitrage et les garanties contractuelles*, Rev. de la Banque, 1973, 284, N°2 ; Pouillet Y., *Les garanties contractuelles dans le commerce international*, DPCI, 1979, 390, note 12 et la doctrine française citée infra n°273.
- (294) Outre Van Rijn et Heenen, en ce sens pour le crédit documentaire, 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 même 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 (Cfr son système du 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 (note P. Chevalier) : Le crédit confirmé, promesse unilatérale abstraite de sa cause, fait naître au profit du bénéficiaire une obligation..."

Il s'agit dans un cas comme dans l'autre d'expliquer que le banquier garant apériteur ou confirmateur d'un crédit documentaire "est tenu de façon irrévocable dès l'émission du document"(295) attestant sa volonté de s'engager à ce titre" (296) avant toute réception de l'envoi par le bénéficiaire de la garantie ou du crédit documentaire.

"En effet, note Heenen (297), les banques veulent avec raison, que leur engagement devienne irrévocable dès qu'il a été exprimé afin de réduire les risques que leur cause l'opération. Il arrive souvent que l'acheteur, après avoir demandé au banquier de s'engager sous telles conditions, revienne sur sa décision - soit qu'il donne de nouvelles instructions, soit même qu'il veuille supprimer le crédit irrévocable, pour l'une ou l'autre raison. Dans l'intervalle, le banquier a envoyé la lettre de crédit au vendeur. Or si celui-ci devait accepter l'engagement pour qu'il devint irrévocable, des difficultés s'élèveraient sur le point de savoir à quel moment le contrat s'est formé difficultés d'autant plus graves qu'elles se compliqueraient de questions de droit international privé... Il serait alors très malaisé pour les banques de déterminer si elles peuvent donner suite aux instructions nouvelles de l'acheteur, tandis que la solution adoptée leur permet d'opposer une fin de non recevoir à ce dernier : la banque qui a envoyé la lettre de crédit au vendeur déclarera qu'elle ne peut plus rien modifier car elle est déjà définitivement engagée, sous des conditions qu'elle n'a plus le pouvoir de modifier."

(295) *"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 H., op. cité, 546.)

(296) *"Il est souhaitable, estime 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. cité, 350) *Comp. Van Rijn Heenen (op. cité, T. IV, n°2561) : "(La garantie à première demande) est un engagement analogue à l'engagement cambiaire mais dépourvu de tout formalisme"*

(297) Heenen J., *Le crédit irrévocable*, Rev. de la Banque, 1952, 458 ; Même raisonnement in Van Rijn-Heenen, *Principes*, T. III, n° 1316 et 1447 ; Van Rijn J., *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté*, Mélanges J. Dabin, 956.

"Ainsi, il suffit que la lettre de crédit (ou de garantie) ait été expédiée par la poste au vendeur (ou à l'importateur). L'obligation du banquier trouve son effet sa source dans une déclaration unilatérale de volonté..." (298)

2. Critique de l'argument bancaire.

255. La thèse de l'engagement par volonté unilatérale est défendue en droit belge (299) pour rendre compte d'impérieuses nécessités pratiques.

Curieusement, les droits étrangers se sont satisfaits, malgré ces impérieuses nécessités pratiques, d'un système contractuel :

- les droits germaniques ont opté pour un contrat conclu par acceptation tacite du bénéficiaire de la garantie ou de la lettre de crédit (300) ;
- les droits anglais et américains (301) ne semblent pas s'être inquiétés de questions théoriques et se contentent d'affirmer la nature contractuelle de l'engagement du banquier apporteur d'un crédit documentaire ou garant ;

(298) *Van Rijn-Heenen, Principes, T. III, N° 2169.*

(299) "C'est la seule explication compatible avec le donné réel de l'institution" (Heenen J., op. cité, 464). Curieusement le seul auteur français à soutenir la théorie de l'engagement unilatéral : Escarra (*Principes de droit commercial* n°715, 530) tient au contraire l'engagement du banquier pour obligatoire par l'acceptation tacite du bénéficiaire.

(300) Cfr sur ce point, les références citées supra n°214

(301) 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 Credit*, 6e 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 cependant que cette promesse obligatoire par elle même est acceptée tacitement par le vendeur

- la cour de cassation française (302), enfin, a clairement décidé qu'aucun lien de droit n'existe "entre le banquier et le vendeur tant que celui-ci n'a pas reçu de celui-là la notification du crédit ouvert."

On peut dès lors s'étonner de la position isolée défendue par les auteurs belges. A l'analyse, l'argumentation suivie par ces derniers est même quelque peu surprenante.

256. Il s'agit en effet d'éviter au banquier le risque d'une rétractation de la part de son client ou d'une demande de modification. Est-il bien nécessaire de justifier ce résultat par la théorie de l'engagement unilatéral ? Nous estimons, avec Coipel (303) que non "si tel est l'objectif poursuivi, il peut, selon nous, " être facilement atteint sans décider que le banquier est lié dès l'envoi de la " lettre. Il suffit que dans le contrat qui le lie à son client, le banquier " prévoie une clause écartant toute demande de modification après l'envoi de " l'accréditif (304). Et lorsque le contrat est muet sur ce fait, on peut admettre " que pareille clause, conforme à l'usage, est insérée par le biais de l'article " 1135 du code civil.

" Dès lors si d'aventure, par exemple en raison d'agissements dolosifs de son " client, le banquier avait intérêt à se désister avant la notification du crédit " à l'exportateur, il pourrait, selon nous, le faire. L'autonomie du crédit " irrévocable par rapport aux relations entre le banquier et son client existe

(302) 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., 2e éd., 1970, n°33 (Cfr cependant plus ambiguë, les réflexions de cet auteur dans 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).

(303) Coipel M., op. cité, 78.

(304) La confirmation que la banque envoie suite à la demande du donneur d'ordre, son client 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."

On peut d'ailleurs s'étonner que les mêmes raisons impérieuses pratiques n'aient pas, chez les auteurs belges, motivé la qualification d'acte unilatéral du cautionnement bancaire.

" en faveur des tiers et n'a donc pas de raison d'être tant que ceux-ci ignorent
 " le crédit. C'est donc au moment où l'exportateur reçoit notification de
 " l'accréditif qu'il faut faire commencer les obligations du banquier.
 " A ce moment, l'offre du banquier est connue du destinataire. Elle ne peut être
 " rétractée pendant un délai d'usage. Si l'exportateur ne la repousse pas avec la
 " rapidité qui est inhérente au monde des affaires, son silence vaut acceptation
 " tacite (305). Ainsi se noue, selon notre analyse, une relation de nature
 " contractuelle."

Les remarques de Coipel à propos de l'accréditif peuvent évidemment être étendues à la garantie : "la formation de cette convention requiert (aussi) le consentement du bénéficiaire qui n'est toutefois soumis à aucune forme particulière et peut résulter du silence observé à la réception de la notification de la garantie (306). Il est bien évident, en outre, que c'est par le contrat entre donneur d'ordre et garant que ce dernier se prémunira des risques de rétraction ou de demande de modification (307) du premier.

Ainsi, la nécessité impérieuse qui justifiait le recours à la théorie de l'acte unilatéral tant dans la lettre de crédit que dans la lettre de garantie s'évanouit.

(305) Coipel reprend ici la solution allemande. Le système de l'acceptation tacite satisfait d'ailleurs parfaitement le second argument invoqué par les auteurs belges : "ce système est d'ailleurs également favorable au commerce des marchandises, car il accélère l'exécution de la vente. Nous savons en effet que le vendeur veut avoir la garantie du banquier avant d'expédier les marchandises ; mais, d'un autre côté, les ventes internationales, et surtout les ventes maritimes, doivent s'exécuter rapidement. Il est donc économiquement utile que le vendeur ait la certitude d'avoir obtenu la garantie promise dès qu'il reçoit la lettre de crédit, afin de pouvoir aussitôt embarquer la marchandise, sans devoir notifier au banquier une acceptation qui pourrait se croiser avec un avis de révocation ou de modification du crédit." (Heenen J., *Le crédit irrévocable*, op. cité, 459). L'exécution de la vente n'est-elle pas en effet le signe évident de l'acceptation tacite de la lettre du crédit ?

(306) Gavalda-Stoufflet, *La lettre de garantie internationale*, R.T.D. comm. , 1980, 6.

(307) On pourrait peut être souhaiter simplement un peu plus de clarté dans la réponse du banquier à la demande du donneur d'ordre de la garantie.

Disparaît dès lors le besoin de recourir à ce qui, selon la doctrine française dominante (308), doit rester une exception "cantonnée dans les limites modestes dont elle n'aurait jamais du sortir." (309)

Ceci dit, il est peut être intéressant, en conclusion, de noter comment la doctrine belge justifiait théoriquement, c'est à dire au delà des raisons pratiques, l'exception de l'acte unilatéral.

La justification théorique, nous le verrons, contredit ce qu'elle prétend expliquer.

3. La contradiction interne de l'acte unilatéral.

257. Van Rijn (310) soulignait à propos notamment de l'engagement unilatéral du banquier apériteur d'un crédit documentaire : "Tous ces actes unilatéraux sont générateurs d'effets juridiques parce qu'ils prennent place dans le cadre d'une opération ou d'une institution qui leur sert de soutien. Leurs effets ne sont pas l'oeuvre arbitraire du déclarant ; ils sont prédéterminés par la loi ou les usages mais ils ne se produiraient pas sans la manifestation de volonté qui les déclenche." "L'acte unilatéral devient ainsi, selon l'expression de Coipel (311), une manifestation d'adhésion à des mécanismes légaux ou coutumiers."

Il y a, le lecteur le reconnaîtra volontiers, quelque contradiction à proclamer tout à la fois la valeur de la volonté isolée et à ne lui accorder

(308) Cfr à cet égard les nombreuses références données par l'article de Coipel, *Op. cité*, 68 et 69.

(309) Martin de la Moutte J., *v° Engagement par volonté unilatérale*, Dalloz *Rép. de civ.*, 2e éd., 1971, n°19 (du même auteur, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse, Paris, 1951, 258 et s.)

(310) 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.

(311) Coipel M., *op. cité*, 89. "Par rapport à une position de ce genre, ajoute alors l'auteur, 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."

d'effets juridiques que dans la mesure où elle est rencontrée d'autres volontés autour d'une commune participation à un mécanisme connu (312)."

Ainsi, lors des différents stades de l'édification des mécanismes tripartites que sont le crédit documentaire ou la garantie bancaire "automatique", chaque partie s'accorde avec autrui en vue de la réalisation de l'opération. Le donneur d'ordre de la garantie qui réclame l'émission d'une garantie bancaire "automatique" connaît les risques qu'il prend. Il s'engage à ne pas agir contre le sens même du mécanisme dont il a réclamé la mise sur pied et le garant le sait dans la mesure où il participe à la construction du même édifice (313).

Nous en arrivons dès lors à l'aberration suivante. Ce qui serait le fondement de l'acte unilatéral en est en même temps sa négation (314). C'est parce qu'effectivement, garant, exportateur et importateur participent ensemble, consciemment à la formation d'un mécanisme tripartite connu, "aux effets prédéterminés", que leurs volontés peuvent se rencontrer... il est indéniable que l'idée de contrat rend mieux compte de la réalité unique de cette opération tripartite que celle d'acte unilatéral. L'acte unilatéral, en accentuant l'autonomie de chaque engagement, obscurcit la réalité d'une rencontre effective des volontés autour d'un "sens" commun.

Nous adresserons le même reproche à la théorie de l'acte abstrait (315).

(312) "aux effets juridiques stéréotypés" selon l'expression de Kübler (*Feststellung und Garantie*, thèse, Tübingen, 1968, 187)

(313) Nous insisterons sur cette construction commune propre à l'opération tripartite en question lors de notre étude des possibilités pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement *infra* n° 306

(314) *Comp. la conclusion de Coipel (op. cité, 90) :*

"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."

(315) *infra* n°257.

B . La garantie "automatique" est un acte abstrait proposition et critique.

1 . Exposé de la thèse.

1° affirmation : la garantie "automatique" est un acte abstrait sur generis.

258. On se souvient (316) que le tribunal de commerce de Bruxelles, le 7 août 1979, refusait de reconnaître la validité de la garantie "automatique" au motif que seule la loi peut valider des actes abstraits, selon l'expression de la cour de Cassation du 13 novembre 1969.

Le commentateur de l'arrêt refusait de souscrire à une telle interprétation restrictive de l'arrêt. Selon lui, "la pratique a en effet créé pour les besoins de la vie des affaires particulièrement des actes détachés de leur cause, indépendamment de toute intervention positive du législateur par le jeu de l'autonomie de la volonté." (317)

(316) *supra* n° 242 et 243 , notre étude de cette décision. On peut rapprocher de cette décision sévère, celle plus nuancée au même tribunal de commerce le 21 novembre 1979 (*Jur. comm. belg.*, 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..."

(317) Van Ommeslaghe P., *observ. sur la théorie de la cause*, R.C.J.B., 1970, 362.

Ainsi, avant même d'examiner l'intérêt de la théorie proposée, relevons que pour tous les auteurs belges (318), la garantie "automatique" est de nature abstraite et que sa validité repose sur le principe d'autonomie de la volonté qui permet aux parties de souscrire à un mécanisme exigé par les besoins de la pratique :" (319) la matière (de la cause) (320) ne touchant pas, comme telle, à

- (318) Outre Van Ommeslaghe déjà cité, relevons Heenen J., *Les sûretés personnelles en droit bancaire belge*, Rec. Soc. J. Bodin, T. XXX, 159 ; Heenen-Van Rijn, *Principes de droit commercial*, T IV, n°2561 ; Simont-Bruyneel, *Chronique de jurisprudence bancaire*, Rev. de la Banque, 1980, 99 ; Velu S., *Les garanties bancaires dans le commerce international ; Rapport belge*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981 ; 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 ; En jurisprudence, noter la déclaration du tribunal de commerce de Charleroi du 16 mars 1972 (citée par Simont-Bruyneel, *Chronique de droit bancaire*, op. cité, N°42, 101) : "la lettre de garantie est un engagement abstrait de la demanderesse envers A.T. ; la S.A.B. (le donneur d'ordre y est juridiquement étrangère, elle ne pouvait interdire à la demanderesse de l'exécuter...."
- (319) "La pratique a créé pour les besoins de la vie des affaires des actes abstraits de leur cause, indépendamment de toute intervention du législateur par le jeu de l'autonomie de la volonté. Ces actes répondent à des nécessités certaines..." (Van Ommeslaghe P., op. cité, 362) Comp. avec le principe même de la reconnaissance des actes abstraits tripartites admis quasi-unaniment en droits 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). Noter aussi, Demogue (*Les obligations*, Paris 1935, 752, n°847 in fine) : "L'acte abstrait y apparaît non pas comme une consécration de l'autonomie de la volonté dans une ultime conséquence mais comme une admission de présomption de cause licite par utilité pratique."
- (320) Van Lier se réfère ici aux déclarations de De Page (*L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, 1957, 161), reprises notamment par Van Quickenborne M., *La confirmation d'un acte nul pour fausse cause constitue-t-il une donation indirecte ?*, RCJB, 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 qu'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'agit-il au contraire de ce qui, selon l'expression de Decottignies (*L'erreur de droit*, RTDC, 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."

l'ordre public, le principe d'autonomie de la volonté devrait dès lors autoriser la création d'obligations abstraites nouvelles, inconnues du droit positif." (321) Il s'agit selon l'expression de Van Ommeslaghe d'une convention abstraite "innommée" (322).

On peut, dès l'abord, s'étonner 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 contractuelle stipule que seules "les conventions légalement formées font la loi des parties". Or l'article 1108 (323) ne mentionne-t-il pas comme une des quatre conditions légales de validité l'existence d'une cause (324) ?

Nonobstant cette première objection d'ordre textuel, la garantie "automatique" est donc tenue dans la doctrine belge unanime pour un acte abstrait sui generis dont la validité s'appuie sur le principe de la liberté contractuelle.

(321) Van Lier H. , op. cité, 351.

(322) Van Ommeslaghe P., op. cité, 361, Comp. avec l'acte abstrait "sui generis" du droit allemand, *supra* n°144.

(323) et l'article 1131 ajoute même : "L'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet".

(324) "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, RIDC, 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 Kübler, *Feststellung und Garantie*, 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."

2° affirmation : la nature abstraite de la garantie "automatique" se justifie par le régime d'inopposabilité des exceptions propre au mécanisme.

259. "Le caractère abstrait de l'engagement du banquier, estime Van Lier (325) "se justifie généralement par la considération que la sûreté que procure le crédit "irrévocable (ou la garantie "automatique") ne peut jouer pleinement son rôle "dans les affaires internationales que si l'obligation du banquier est "inconditionnelle, c'est à dire détachée des vicissitudes du contrat de base."

En d'autre termes, la nature abstraite de l'engagement du banquier exprime l'autonomie de la garantie automatique par rapport aux contrats qui en sont l'origine (326). Il y a inopposabilité par le garant envers le bénéficiaire des exceptions tirées tant des relations bénéficiaire - donneur d'ordre que de ses relations avec le donneur d'ordre.

"Étant donné, poursuit Van Lier (327) l'importance considérable de cette "caractéristique (l'inopposabilité des exceptions), d'ailleurs commune à toutes

(325) Van Lier H., op. cité, 351, comp. Van Rijn-Heenen, *Principes de droit commercial*, T. III, n°2191 (à propos du crédit irrévocable). "Pour que le crédit irrévocable puisse remplir sa fonction, il faut que l'engagement du banquier ne demeure pas tributaire de relations préexistantes, entre lui-même et le donneur d'ordre, ainsi qu'entre vendeur et acheteur. En d'autres termes, cet engagement doit avoir une existence autonome et être détaché ou "abstrait" des actes juridiques qui en constituent la cause"

(326) Comp. les développements d'Heenen à propos du crédit irrévocable, *Rev. de la Banque*, 1952, 459.

(327) Van Lier H., op. cité, 353.

"En matière de validité ou d'existence du contrat de base, on songe "principalement aux causes de nullité ou d'inopposabilité affectant celui-ci, "en tout ou en partie. Il s'agit essentiellement des vices du consentement, "des contrariétés entre des dispositions contractuelles et des dispositions "impératives voire d'ordre public, de la loi du contrat, ou encore des "dispositions de police économique où le contrat doit s'exécuter. Toute "décision annulant ou déclarant inopposable le contrat de base et donc sans "effet sur les rapports entre le bénéficiaire et le garant ; ce dernier doit "s'exécuter malgré pareille décisions.

"L'application de cette règle doit toutefois être nuancée lorsque la cause "de nullité ou d'inopposabilité affectant le contrat de base touche à "l'ordre public."

"les obligations abstraites, rappelons qu'en vertu de celle-ci le bénéficiaire
 "ne peut en principe se voir opposer aucune exception déduite des relations
"existant entre le garant et le premier obligé (donneur d'ordre) ou entre
 "celui-ci et le bénéficiaire. En ce qui concerne le rapport bénéficiaire -
 "premier obligé (donneur d'ordre) sont inopposables par le garant les exceptions
"relatives à la validité, à l'existence ou à l'exécution du contrat de base ainsi
"qu'à l'extinction de l'obligation du premier obligé (donneur d'ordre)."

Ces premières affirmations peuvent se résumer ainsi : la fonction même de la garantie "automatique" exige l'abstraction (au sens technique) (328) de l'engagement du garant tant par rapport au contrat : donneur d'ordre - banquier que par rapport au contrat : donneur d'ordre - bénéficiaire ; en conséquence l'engagement du banquier doit être abstrait (329).

"En effet, nous dit Van Lier (330), le caractère abstrait de la sûreté, "c'est à dire essentiellement la circonstance que l'engagement du garant est "détaché de sa cause, fonde l'autonomie de l'obligation assumée par ce dernier. "Cette indépendance des obligations par rapport aux circonstances qui ont donné "naissance à son engagement, expliquerait que le garant soit tenu dans les liens "d'une obligation entièrement distincte de celle du premier obligé....
 "L'inopposabilité par le garant au bénéficiaire tant des exceptions déduites du "rapport garant-premier obligé que de celles issues des rapports bénéficiaire-
 "premier obligé trouverait également sa justification."

(328) Cfr 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 du même fait.

(329) Le même raisonnement est suivi par certains auteurs belge à propos du crédit documentaire (Van Rijn-Heenen ; Heenen ; Van Ommeslaghe ; Frédéricq (T. IX, n°199)). D'autres se montrent plus réservés (Piret R., A propos du crédit irrévocable, conf. Centres d'études bancaires, 1942, 35 ; Dieryck A., Les ouvertures de crédit, Bruxelles, 19, n°269, 285 ; Van Maele A., Droit bancaire, Nouvelles, n°319) qui parlent d'autonomie de l'engagement du banquier sans l'expliquer complètement par l'acte abstrait. En France (cfr en particulier les multiples écrits de Stoufflet), on se contente de parler d'indépendance de l'engagement du banquier sans évoquer sa nature abstraite.

(330) Van Lier H., op. cité, 353.

Bref, l'abstraction de l'engagement du garant nécessaire à l'accomplissement de la fonction de la garantie "automatique" s'explique, en droit belge (331), par la théorie de l'acte abstrait. Cette thèse nous apparaît inutile, contradictoire et fausse.

(331) *Notons que ce n'est pas le cas en France où la garantie "automatique" est tenue pour un contrat causal.*

2. Critique de la thèse.

1° affirmation : la référence à la nature abstraite de la garantie "automatique" est inutile.

260. L'inutilité de la référence à la nature abstraite de la garantie "automatique" s'établit par trois propositions :

- 1°) la nature abstraite de la garantie "automatique" se confond avec son caractère non accessoire ;
- 2°) la nature abstraite de la garantie automatique se limite à traduire le régime d'inopposabilité des exceptions ;
- 3°) la nature abstraite de la garantie "automatique" ne peut expliquer les limites de l'abstraction de l'engagement du banquier.

a - la nature abstraite de la garantie "automatique" se confond avec son caractère non accessoire.

261. Nous avons déjà insisté en droit allemand (332) sur la confusion de la nature abstraite de la garantie automatique et du caractère non accessoire qu'elle présente en tant que sûreté personnelle. Ce que la théorie de l'acte abstrait a en vue, c'est traduire le caractère non accessoire de la garantie "automatique" : "en permettant la création d'une obligation de garantie, non seulement principale "mais encore détachée de sa cause, le principe d'autonomie de la volonté est ainsi "à la base d'une sûreté personnelle dépourvue de caractère accessoire." (333)

(332) *supra* n°145.

(333) Van Lier H., *op. cité*, 354. A noter l'embarras de l'auteur qui après avoir affirmé le caractère non accessoire de la garantie "automatique" reconnaît avec Eisemann (*Arbitrage et garanties contractuelles*, *Rev. Arb.*, 1972, 386) que la "garantie même totalement indépendante de ce contrat de base en reste l'accessoire économique." confondant ainsi accessoriété et subsidiarité. Comp. à cet égard, la notion d'"accessoriété formelle" invoquée par les auteurs belges à propos de l'aval, *supra* n°108.

Sans nous poser pour l'instant la question de la validité de cette traduction (334), relevons simplement qu'elle implique de voir dans la validité de l'obligation née du contrat de base : donneur d'ordre - bénéficiaire de la garantie, la cause de l'engagement du garant "automatique" (335) et, partant, dans le cautionnement, un contrat causal.

Mais cette traduction dont la question de la validité reste posée, est-elle bien utile ? Ne suffit-il pas d'affirmer le caractère non accessoire de la garantie "automatique" (336) sans devoir relever en outre sa nature abstraite ? L'autonomie de la volonté permet aux parties de créer d'autres types de sûretés personnelles que celui accessoire prévu par la loi (337). L'accessoriété des sûretés personnelles n'est pas un principe d'ordre public.

(334) *infra* n°268 et s., le caractère faux de la théorie de l'acte abstrait.

(335) A ce propos *supra* n°146, notre réflexion à propos du droit allemand, où la cause est définie comme le "Verkehrstypische Zweck."

(336) Nous verrons que la seule affirmation du caractère non accessoire de la garantie "automatique" ne suffit pas pour comprendre les limites de l'abstraction de la garantie "automatique". Sur notre critique de cette dichotomie "accessoire-non accessoire", *cfr supra* n°172.

(337) A cet égard, la déclaration de MM. Van Rijn et de Heenen eux-mêmes reprise dans notre introduction, *supra* n°4, note 8

- b: la nature abstraite de la garantie "automatique" traduit le régime d'inopposabilité des exceptions propre à cette institution.

262. "La licéité de l'engagement abstrait (du garant "automatique") ne fait pas problème, l'obligation.. se caractérise essentiellement par l'inopposabilité des exceptions déduites des rapports antérieurs...." (338).

Le succès de l'acte abstrait tripartite s'explique dans nos droits par la volonté de donner une explication, du moins en apparence, au fait que, dans certaines relations triangulaires (338 bis), un débiteur ne puisse opposer à son créancier, les exceptions tirées des relations originaires de ce débiteur ou de ce créancier avec une tierce personne. (339)

La soi-disante référence à la nature abstraite s'avère à l'examen moins une explication qu'un résultat. "Ce n'est pas parce qu'il y a acte abstrait, qu'il y a inopposabilité des exceptions mais parce qu'il y a inopposabilité des exceptions qu'il y a acte abstrait."

Nous ne pouvons, dans le cadre de notre thèse (340), développer de façon complète cette critique fondamentale de la théorie de l'acte abstrait. Nous nous contenterons dès lors d'illustrer notre propos par quelques réflexions.

(338) Van Lier H., *op. cité*, 351.

(338 bis) "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, Hébraud-Verdot, *v° acte*, Dalloz Rep. dr. civ., 1971, N°60 et s. ; Van Omneslaghe P., *Observations sur la théorie de la cause*, RCJB, 1970, n°19; etc...

(339) A cet égard, la conclusion d'Osias. *L'acte abstrait*, Thèse, Paris, 1924, 93 : "Les autres théories doivent toutes faire appel à l'acte abstrait pour expliquer l'inopposabilité des exceptions, même si leurs auteurs se gardent de le faire" (cf aussi p. 29) ; Ronse J., *Wisselbrief en orderbriefje*, Leuven, 1972, T. I, n°1305 (l'auteur distingue l'abstraction formelle à savoir le renversement de la charge de la preuve et celle matérielle, à savoir l'inopposabilité des exceptions) ; Dikoff L., *Les actes juridiques abstraits et le code civil français*, R.T.D.C., 1932, 348 et 349.

(340) Nous nous étendrons plus longuement sur ce point, dans l'ouvrage à paraître: *Sens et fonction des notions de cause et d'acte abstrait en droit comparé*.

Larroumet (341) développait comme suit sa thèse de la nature abstraite de certains engagements prenant place dans des opérations tripartites (341 bis) :

"Dans toutes ces opérations tripartites (et la garantie "automatique" est de "celle là *), la cause de l'engagement du débiteur, (le stipulé, le délégué, etc..) "envers le créancier (le bénéficiaire, le délégataire, etc...) doit être "recherchée dans les relations du premier (le donneur d'ordre *) (le stipulant, "le délégant) avec la troisième personne, c'est à dire le bénéficiaire de l' "opération. Or tout le monde est d'accord en principe pour admettre qu'on doit "tenir compte de ces relations dans la stipulation pour autrui et les opérations "de type parfait (comme la cession de créance *) alors qu'on n'en tient pas compte "dans la délégation ou les engagements au profit d'un tiers contenu dans un "effet négociable. C'est donc bien que dans les secondes, l'engagement est "séparé de sa cause et ne suffit à lui-même".

263. Singulière démonstration où l'explication se confond avec ce que l'on prétend expliquer. S'il y a inopposabilité des exceptions dans certaines opérations tripartites, ce n'est parce qu'il y a acte abstrait mais parce que le législateur ou les usages du commerce, ont décrété la nécessité, dans certains cas, d'une inopposabilité des exceptions et non la consécration de l'acte abstrait (342) :

(341) Larroumet C., *Les opérations juridiques à trois personnes*, Thèse, Bordeaux, 1968, n°218.

(341 bis) Maury (v° cause, op. cité, n°172) et Vivant (op. cité, 39) parle d'opérations triangulaires.

(342) On retrouve ici le fondement même de l'acte abstrait, supra n°258.

"Rendue 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'inopposabilité des exceptions, actuellement consacré par la loi."

l'acte abstrait n'apparaît jamais que comme la traduction (343) doctrinale a posteriori du principe de l'inopposabilité des exceptions et non comme sa justification.

Sans vouloir pour le moment critiquer la qualité de cette traduction (344) qui suppose, comme Larroumet le sous-entend, que la cause soit l'obligation née du contrat de base entre le donneur d'ordre (345) et le bénéficiaire voire en outre, l'obligation née du rapport entre le donneur d'ordre et le débiteur de l'engagement soi-disant abstrait, soulignons que les auteurs, en particulier français, remettent en questions l'opportunité de cette traduction (345 bis)

Ainsi, Stoufflet (346), à propos du crédit documentaire, note :

- (343) Brêthe J., *Théorie juridique des titres à ordre*, R.T.D.C., 1932, 655 ;
Comp. l'aveu de Larroumet : "Quant à la lettre de change dont la règle
"d'inopposabilité des exceptions est volontiers étendu non seulement aux
" titres négociables, son explication par la notion d'opération abstraite
" est relativement récente. C'est parce que, comme la délégation, elle
" entraîne inopposabilité des exceptions, que l'on a songé à y voir une
" opération abstraite, puisque l'inopposabilité des exceptions est propre
" aux opérations abstraites." (Op. cité, n°218 in fine).
- (344) *infra* n°268.
- (345) Comp. avec notre réflexion à propos de la confusion : acte abstrait -
sûreté personnelle non accessoire, *supra* n°261.
- (345 bis) "Quand enfin certains ont parlé, pour expliquer cette inopposabilité
d'acte abstrait, ils ont peut être justifié le principe de l'inopposabilité,
mais pas l'abstraction" (entendre : l'acte abstrait) (Vivant M. Le
fondement juridique des obligations abstraites, op. cité, 41)
- (346) Stoufflet, J., *Le crédit documentaire*, Thèse, Bordeaux, 1957, n°489.

"C'est donc finalement, les besoins de la vie des affaires et la nécessaire sécurité, sans laquelle aucun échange ne seraient possible, qui seuls justifient la règle d'inopposabilité des exceptions", Esmein (347), à propos de la lettre de change 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." Enfin et surtout, De Page (348), à qui pourtant les défenseurs belges de l'acte abstrait se réfèrent volontiers (349), n'admet-il pas que ce n'est qu'"envisagée sous l'angle pratique, (que ^{*}) la situation est, dans la règle de l'inopposabilité des exceptions, identique à celle de l'obligation abstraite." ?

En conclusion, la référence au sens et but de l'opération tripartite suffit à expliquer le régime d'inopposabilité des exceptions qui caractérise l'engagement né de l'opération sans que référence doive être faite à la nature abstraite de cet engagement. Mais là ne s'arrête pas notre démonstration de l'inutilité de l'acte abstrait.

- (347) 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 : "Les motifs d'ordre pratique et économique qui ont imposé la règle en constituent la seule justification" (même conclusion chez Brêthe J., *Théorie juridique*, op. cité, 653).
- (348) De Page H., *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, Bruxelles, 1957, 46 et 47. L'auteur se réfère en effet à une théorie de l'acte abstrait fondée sur la volonté d'abstraction comme en droit allemand. Notons que la nuance exprimée dans l'ouvrage cité de De Page a malheureusement disparu dans la deuxième édition de son traité (T. II, n°479 quinquies) encore qu'il prenne soin d'y affirmer : "l'obligation abstraite ne s'identifie pas nécessairement avec la règle de l'inopposabilité des exceptions."
- (349) Ainsi Van Lier H., op. cité, 351, note 67 ; Velu S., *Les garanties bancaires dans le commerce international : rapport de droit belge*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.

- C. la nature abstraite de la garantie "automatique" est incapable d'expliquer les limites de l'abstraction propre à cet engagement.

264. Van Ommeslaghe (350) admettait qu'il fallait reconnaître "différents degrés d'abstraction" Le régime d'inopposabilité des exceptions diffère, certes, suivant les différents types d'engagements dits "abstraits" en fonction des nécessités propres à chaque opération dans laquelle chacun de ces engagements trouve à s'insérer. Parmi les sûretés personnelles, l'abstraction qui caractérise le cautionnement est différente de celle de la garantie "automatique" (351) ; parmi les moyens de paiement, l'abstraction propre aux relations cambiales se distingue de celle propre au crédit documentaire qui elle-même ne peut être assimilée à celle de la délégation-paiement imparfaite du code civil (352).

insi, pour ne reprendre que le dernier exemple cité, il est traditionnellement admis que l'abstraction de la délégation se limite à la nullité d'une seule des deux conventions de base (353), le délégué n'a pas à payer lorsque les deux conventions de valeur, d'une part, de provision, d'autre part, (354) sont nulles. L'explication de cette limite est simple et se fonde sur le fait que la délégation paiement imparfaite du code civil a comme seul but la simplification des paiements, et suppose au moins la présence d'une obligation valable à éteindre (355).

(350) Van Ommeslaghe P., *op. cité*, 361, repris implicitement par Van Lier (*op. cité*, 348)

(351) , différente aussi de celle de la garantie "documentaire"

(352) art. 1275 code civil.

(353) Déjà Hubert (*Théorie juridique de la délégation*, thèse, Poitiers, 1899, n°209 et s.) mais aussi not. 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, 195, 240 ; etc...

(354) A cet égard, la théorie de la double cause affirmée par Hubert.

(355) Sur ce point et la différence avec le crédit documentaire, les remarquables 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. cité*, 166.

A l'inverse, l'obligation du banquier, apériteur d'un crédit documentaire survit à la double nullité des conventions de base : "pour que le crédit irrévocable puisse remplir sa fonction, il faut que l'engagement du banquier ne demeure pas tributaire de relations juridiques préexistantes, entre lui-même et le donneur d'ordre, ainsi qu'entre vendeur et acheteur, notent Van Rijn et Heenen (356)" Le célèbre arrêt de la cour d'appel de Rome du 30 avril 1942 (357) confirme le bien fondé de cette différence de degré d'abstraction entre le crédit documentaire et le délégation, différence qui ne peut se justifier que par la différence de leur "sens et but" selon l'expression de Von Caemmerer (358)

265. La théorie de l'acte abstrait, traduction prétendue des nécessités de la vie des affaires, peut elle expliquer l'originalité des limites de l'abstraction propre à chaque opération ? Il faut bien constater qu'une réponse négative doit être adressée à la question.

La doctrine belge tient à la fois cautionnement (359) et garantie "automatique" pour des actes abstraits. Leur degré d'abstraction est pourtant différent. Quelle unité peut présenter encore la définition de cette notion ? Devra-t-on parler dans le cas du cautionnement, d'un acte simplement abstrait, d'un acte doublement abstrait ?

(356) Van Rijn Heenen, *Principes de droit commercial*, T. III, n°2191.

(357) Rome 30 avril 1942, B.B. e Tit. di C., 1942, II, 133 et s, Riv. dir. comm., 1943, 45 et s, note DonADIO (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.

(358) Von Caemmerer E., note sous BGH 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 qui aurait permis l'assimilation du crédit documentaire et de la délégation mais qui a été jugé contraire au "sens et but" du crédit documentaire.

(359) *supra* n°73.

Cette première réflexion qui renvoie à l'ambiguïté de la notion de cause de ces actes soi-disant abstraits (360) peut être complétée d'une seconde remarque. La doctrine belge admet en effet des limites à l'abstraction de la garantie "automatique" (360 bis) ; "il s'agit, selon Velu, d'une part, du cas où la garantie est émise à l'occasion d'un contrat contraire à l'ordre public international (361) et, d'autre part, de l'hypothèse où la demande est manifestement abusive." (361 bis). Van Lier (362) ajoute en outre le cas où la réclamation du créancier n'est afférente ni au débiteur cautionné, ni à la commande en cause. (363)

Comment justifier de telles limites ? Suffit-il de dire que ^{l'abstraction} l'obligation abstraite n'est jamais sans limites et de se contenter d'une analogie avec les limites et de se contenter d'une analogie avec les limites acceptées dans le cas d'autres actes abstraits, tels le crédit documentaire ou la lettre de change? (364)

(360) *infra* n°268.

(360 bis) Nous chercherons à préciser de façon complète, ces limites à l'abstraction de la garantie automatique, *infra* n°297 et s.

(361) Van Lier précise, avec raison, que c'est dans le cas où c'est une disposition d'ordre public étrangère qui est violée par le contrat de base, que les juges belges se référeront à l'ordre public international.

(361 bis) Velu S., Les garanties bancaires dans le commerce international - Rapport de droit belge, Actes du Colloque de Tours, Paris 1981. L'exception de fraude "évidente" est reprise par Simont-Bruyneel, Chronique de droit bancaire, Rev. de la Banque, 1980, n°43, 103 ; Van Lier H., op. cité, 355, Pouillet Y., op. cité, 425, N°29 ; dans la jurisprudence, Prés. Comm. Brux. (réf) 15 janv. 1980, J.C.B., 1980, 147, étudiée *supra* n°246.

(362) Van Lier H., op. cité, 355; Comp. Van Omme-slaghe P., art. cité, RCJB, 1970, 362, note 135.

(363) L'auteur se réfère à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 novembre 1978, étudié *supra* n°248.

(364) Ainsi l'exception de mauvaise foi du bénéficiaire est justifiée par une application analogique de l'article 17 des lois coord. sur la lettre de change et le billet à ordre. (Van Lier H., op. cité, 354)

Remarquons que la notion de mauvaise foi doit être interprétée différemment dans le droit cambiaire que dans le crédit documentaire ou la garantie "automatique". La mauvaise foi du bénéficiaire d'une traite s'entend lors de son adhésion au mécanisme cambiaire, alors que dans les deux autres cas, la mauvaise foi existera bien souvent lors de l'exécution de la garantie et non lors de la naissance de cette dernière (à cet égard, l'arrêt américain United Technologies Corp. v. Citybank N.A., étudié *supra* n°211).

Le problème n'est que déplacé et non résolu. Dans chacun de ces cas, le détachement de l'acte par rapport à sa cause aurait une portée différente et originale.

Cette constatation rend inutile toute référence à la nature abstraite de l'engagement du garant "automatique". Les limites de l'abstraction de cet engagement se justifient bien mieux par le "sens" même de l'opération de garantie "automatique", comme le suggèrent Simont et Bruyneel lorsqu'ils écrivent : "à peine de priver la procédé de son sens, les cas où la banque refusera valablement de payer pour le motif de fraude, ne pourront être admis que de manière restrictive." (365)

266. Conclusion : la considération du "sens et du but" de la garantie "automatique" explique le degré d'abstraction de la garantie et ses limites. Elle rend inutile tout recours à la notion d'acte abstrait. Van Lier, en particulier, décrit très justement cette fonction : "en exigeant que le premier obligé lui fournisse une "garantie à première demande, c'est à dire un garant éminemment solvable, le "bénéficiaire entend également se mettre à l'abri des aléas juridiques et économiques "relatifs au contrat de base. Il en va généralement de même en ce qui concerne "la force majeure (mentionnons tout paritucièrement à cet égard les interdictions "ou les limitations aux importations ainsi que les restrictions aux transferts de "devises), dont le risque reste ainsi à charge du garant et par voie de conséquence, "du premier obligé (donneur d'ordre)." (366)

(365) Simont-Bruyneel, *Chronique de Jurisp. bancaire*, Rev. de la Banque, 103 ; Comp. Velu S., op. cité.

(366) Comp. avec l'affirmation de Heenen (Rev. de la Banque, 1952, 453 : "à l' inverse du cautionnement, le crédit irrévocable protégeait le vendeur contre le risque d'insolvabilité et de mauvaise foi de l'acheteur. Afin d'atteindre ce but plus étendu imposé par les circonstances particulières dans lesquelles s'exécutent les ventes internationales de marchandises, il fallait nécessairement des moyens plus étendus, il fallait rendre l'engagement du banquier indépendant de la vente."

Le régime d'inopposabilité des exceptions se comprend dès lors - c'est du moins ce que suggère notre conclusion - par la fonction même de la garantie automatique, comme type sûreté personnelle prenant en charge les risques particuliers du commerce international (367). C'est autour de la réalisation de cette fonction que se conclut l'accord des volontés de toutes les parties à l'opération tripartite.

(367) *infra* n° 296 , nos développements sur ce point.

2° affirmation : la référence à la nature abstraite de la garantie "automatique" est contradictoire en soi.

267. Notre seconde critique ne fait que reprendre une critique déjà adressée à la théorie de l'acte unilatéral, critique que les conclusions de notre première affirmation renforcent.

Notre critique de l'acte unilatéral mettait en évidence la contradiction qu'il y avait à affirmer à la fois l'isolement de l'engagement du banquier garant et sa participation à un mécanisme dont chacun connaît et mesure les effets.(368) Notre conclusion analyse la fonction économique et sociale de la garantie "automatique" et sa présente au centre de tous les contrats qui mènent à la délivrance de la garantie "automatique". Chaque relation du rapport triangulaire ou tripartite ne peut se comprendre que par sa participation à l'ensemble du rapport. La délivrance d'une garantie automatique modifie profondément l'équilibre normal de l'opération commerciale de base et les partenaires à cette opération doivent respecter une telle modification. Ainsi, saisi d'une demande d'interdiction de paiement faite par l'exportateur à l'endroit de la banque, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a pu estimer à juste titre que "sauf le cas précité de fraude manifeste, ... les exportateurs et entrepreneurs ne peuvent déplacer indûment les responsabilités économiques en reprotant sur les banques la charge de la réalisation éventuelle de ce risque." (369)

Van Omneslaghe, (370) lors de son étude de la théorie de l'acte abstrait, affirmait la validité de l'acte abstrait soit "lorsque le législateur l'aura voulu comme tel, soit encore lorsque les parties auront manifestement l'intention nette et formelle de créer un engagement abstrait de sa cause".

(368) Cfr *supra* n°257.

(369) Prés. Trib. comm. Brux., 15 janv. 1980, 147. Nous aurons l'occasion de revenir sur les conséquences de cette conception unitaire de l'opération tripartite lors de notre étude des possibilités pour le donneur d'ordre d'interdire le paiement (*infra* n° 314)

(370) Van Omneslaghe P., *Observations sur la théorie de la cause*, RCJB, 1970, 363.

Cette alternative était réalisée, selon l'auteur, "notamment" (371), lorsqu'il y avait "adhésion à une institution caractérisée selon l'opinion commune par l'abstraction des obligations qu'elle engendre."

Nous ne contestons certes pas, loin de là, que la garantie automatique soit une de ces institutions coutumières (372) mais nous nous affirmons qu'il y a une certaine contradiction entre le fondement même de la validité de l'acte abstrait et la notion même d'acte abstrait. La notion même d'acte abstrait comme celle d'acte unilatéral renforce l'autonomie, l'isolement de l'engagement du garant "automatique" (372 bis) Elle le "détache" des conventions qui en forme la base (373) et empêche d'en voir le lien logique, l'unité. Or les conséquences de la garantie automatique en particulier le régime d'inopposabilité des exceptions qui la caractérise ne s'explique pas par l'isolement d'un engagement par rapport à d'autres (374), mais par, nous le répétons, la participation de cet engagement à la réalisation de la fonction propre à l'opération tripartite.

(371) "Bien entendu, l'acte abstrait étant exceptionnel, il faudra se montrer circonspect avant d'admettre que les parties ont entendu souscrire un engagement abstrait, particulièrement si celui-ci n'est ni organisé, par le législateur, ni inséré dans un cadre institutionnel connu." (Van Ommeslaghe P., Op. cité, eod. loco).

(372) Cf. cependant la déclaration du tribunal de commerce de Bruxelles du 21 nov. 1979 (Jur. comm. Belg. 1980, 140)

(372-bis) Il serait intéressant de s'interroger sur le rapprochement constant fait par l'école de Bruxelles entre acte unilatéral et acte abstrait.

(373) A cet égard, la conclusion de M. Coipel qui terminait notre étude de l'acte unilatéral, supra n°257, note 314.

(374) Les développements de la doctrine française établiront le bien fondé de cette affirmation (infra n°277). La théorie du contrat causal s'appuie en effet sur une conception unitaire de l'opération triangulaire.

3° affirmation : la garantie automatique n'est pas un acte abstrait.

268. Jean Dabin concluait son étude la théorie de l'acte abstrait par ce jugement sévère : "sans doute, le système des actes abstraits veut tenir compte de façon "plus large de la nécessité du crédit. Mais au point de vue juridique, il manque "de solidité et froisse les claires exigences de l'esprit." (375)

Notre propos n'est pas aussi ambitieux. Il nous suffit de montrer, de façon négative, que la garantie "automatique" (376) n'est pas un acte abstrait, un acte détaché de sa cause (377). On cherche en vain, la cause dont la validité de la garantie automatique pourrait être détachée.

Van Lier, lorsqu'il cherche à justifier la nature abstraite de la garantie "automatique" écrit : "l'obligation abstraite est généralement considérée comme un engagement se suffisant à lui-même, indépendamment des mobiles ayant amené le débiteur à s'engager." L'auteur reprend alors la définition de Capitant, "le but que poursuit le débiteur en s'obligeant ne fait plus corps avec sa manifestation de sa volonté, c'est à dire le fait de s'obliger. Il y a bien alors, à proprement parler engagement abstrait séparé de sa cause." (378)

Nous voudrions, de façon progressive, montrer que ces affirmations bien loin de démontrer la nature abstraite de la garantie "automatique" en suggèrent une explication causale. De quel but poursuivi par le garant, veut-on parler lorsqu'on affirme qu'il ne fait pas corps avec sa manifestation ?

269. Ce but pourrait être le motif qui, vis à vis du donneur d'ordre, aurait présidé à l'octroi de la garantie "automatique". Ce motif serait là alors la bonne exécution du contrat d'ouverture de crédit. C'est cette conception de la cause qu'adopte Velu "Si l'on fait application de cette définition (379)

(375) Dabin J., *Théorie de la cause*, Thèse, Liège, 1919, 311.

(376) Notre raisonnement pourrait être étendu au crédit documentaire.

(377) C'est la définition donnée unanimement à la notion d'acte abstrait par la doctrine belge et française.

(378) Van Lier H., *op. cité*, 350.

(379) Velu se réfère explicitement à la définition donnée par Van Ommeslaghe (*Observations sur la théorie de la cause*, RCJB, 1970, 326) : selon laquelle la cause est constituée par les "motifs et mobiles essentiels qui ont poussé les parties à contracter."

"à l'engagement du garant, la cause de cette obligation peut être trouvée dans le rapport contractuel existant entre le garant et le donneur d'ordre, en vue notamment de percevoir les commissions qui lui sont dues par celui-ci." (380)
 "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 (381)" (382)

Une telle conception de la cause de l'engagement de la garantie "automatique" est critiquable pour deux motifs :

- elle ne permet, en aucune façon, de distinguer la garantie "automatique" du cautionnement ni de la solidarité (383). Or la dénomination de garantie "abstraite" employée par les auteurs belges laisse pourtant sous-entendre que la nature abstraite originale de la garantie automatique doit permettre de distinguer cautionnement et garantie automatique (384) ;

(380) *Velu S., op. cité. Il est à remarquer que plusieurs auteurs (Van Maele A., Droit bancaire nouvelles, n°321, 275 et Dieryck A., Les ouvertures de crédit, 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.*

(381) *L'inopposabilité de cette dernière exception aurait quelque difficulté à être légitimé sur base de la nature abstraite de la garantie. En effet, une limite traditionnellement reconnue à l'abstraction de l'acte abstrait est l'illicéité de sa cause (à cet égard, la jurisprudence relative à la soi-disante "cause" illicite du cautionnement délivré pour une femme galante, supra N°78)*

(382) *Velu S., op. cité.*

(383) *Le débiteur solidaire ne peut évidemment se prévaloir des vices affectant son contrat avec le donneur d'ordre pour réclamer sa libération.*

(384) *Notons à ce propos le raisonnement de Velu qui cherche à démontrer que l'inopposabilité par le garant des exceptions donneur d'ordre-bénéficiaire ne se justifie pas par l'acte abstrait mais par l'originalité de l'objet de la garantie distinct de celui de l'obligation garantie. Son raisonnement séduisant résiste mal cependant à l'analyse puisque, premièrement, elle est bien obligé d'admettre la désignation d'"actes abstraits" donnée aux autres engagements à objet distinct de celui du contrat de base, puisque, secondement, lors de son examen des conséquences de la nature abstraite de la garantie automatique, elle mêle à la fois inopposabilité des exceptions : donneur d'ordre - garant et celles: donneur d'ordre-bénéficiaire*

- elle ne correspond à aucune définition de la cause admise par les droits français et belges. Cette remarque a déjà été faite lors de notre critique de la nature abstraite du cautionnement (385). Les conceptions subjectivistes même maximalistes (386) s'accordent pour restreindre la cause au cercle des motifs entrés dans le champ contractuel. Or par définition, la fonction même de toute sûreté personnelle exclut qu'entrent dans le champ contractuel les motifs tirés des relations entre le donneur d'ordre de la garantie et le garant (387).

270. Ainsi que nous l'avons noté, c'est rarement à cette notion de cause que se réfèrent exclusivement (388) les auteurs belges pour affirmer le caractère abstrait de la garantie "automatique". La réflexion finale de Van Omme-slaghe, à propos de la nature abstraite du crédit documentaire, le révèle : "l'abstraction

(385) *supra* n°74.

(386) Van Omme-slaghe qui identifie pourtant absence de cause et erreur sur la cause, est bien posée d'admettre que seuls les motifs et motifs commun forment la cause.

(387) Certes, nous dira t'on : "vous vous refusez à envisager l'hypothèse où la garantie "automatique" serait malgré tout un acte unilatéral. La cause, dans ce cas, ne devrait-elle pas être définie plus largement ?
L'objection ne tient pas. Tous les auteurs restreignent pareillement la cause de l'acte unilatéral. Ainsi, la définition donnée par Martin de la Motte et reprise par Van Omme-slaghe (*op. cité*, 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 " empêcherait de voir dans les relations donneur d'ordre-garant, la cause de l'engagement unilatéral de ce dernier.

(388) Certains auteurs admettent implicitement que la cause dont l'acte est abstrait consiste à la fois dans le rapport donneur d'ordre-bénéficiaire et celui donneur d'ordre-banquier.

n'est cependant pas absolue puisque le banquier cesse d'être obligé lorsque la créance du bénéficiaire est éteinte ou n'a jamais eu d'existence juridique ou encore lorsque le contrat (bénéficiaire-donneur d'ordre*) qui en constitue la cause est illicite." (389)

Eclaircissons cette seconde conception de la cause. La cause de la garantie "automatique" serait le contrat bénéficiaire-donneur d'ordre ou, plus précisément, l'obligation parfaitement valable qui en principe naît de ce contrat. C'est en effet par rapport à la validité de cette obligation et non par rapport au contrat que la validité de l'obligation du garant est détachée. Cette définition de la cause se réfère volontiers à une conception objective de la cause telle qu'elle est développée par Boyer (390), à moins qu'on n'estime que la cause subjective de l'engagement du garant soit le motif lié à la bonne exécution de l'obligation valable du donneur d'ordre.

Même avec ces précisions, une telle définition de la cause nous apparaît intenable. Il ne s'agit plus simplement d'affirmer que l'emploi en ce sens de la notion d'acte abstrait ferait double emploi avec le caractère non accessoire de la sûreté en question (391) ; il s'agit bien au delà de constater l'arbitraire de la définition retenue. La garantie "automatique" n'est en effet abstraite que dans la mesure où on lui assigne comme cause "catégorique", une cause identique à celle du cautionnement. Or il n'est pas sûr que la "condition de possibilité de réalisation" de la garantie "automatique" doive être la même que celle du cautionnement.

(389) Van Ommeslaghe P., op. cité, 362, reprenant Van Rijn et Heenen, Principes, T. III, n°2169 ; Comp. Van Lier (op. cité, 354) : "L'obligation abstraite, à travers les illustrations qu'en révèle le droit positif n'est jamais sans limites. Il existe, notamment en matière d'instruments négociables ou de crédit irrévocable, des hypothèses où un lien est rétabli entre l'obligation abstraite et les relations commerciales sous-jacentes... Ainsi, le banquier ayant ouvert un crédit irrévocable peut refuser qu'il soit fait usage du crédit lorsque le contrat de base qui est entaché d'illicéité, lorsqu'il fait défaut ou encore lorsque le banquier a connaissance de ce que la créance commerciale est éteinte par paiement."

(390) Sur la conception de Boyer, supra n°82.

(391) Sur ce double emploi, supra n°261

Dire que la garantie "automatique" est abstraite, c'est supposer que la cause commune à toutes les sûretés soit l'obligation parfaitement valable du donneur d'ordre, ce qui est loin d'être évident (392).

La garantie "automatique" a pour fonction la garantie d'un résultat, l'exécution effective d'une prestation indépendamment de la validité du contrat commercial qui est à la base de cette garantie. Une telle cause formelle ne laisse t'elle pas entendre que la cause "catégorique" n'est pas l'obligation parfaitement valable qui existerait entre donneur d'ordre et bénéficiaire mais se conçoit plutôt comme la prestation de base ? Cette conclusion rejoint les développements de la doctrine française (393).

271. Nous n'arrivons pas à d'autres résultats en développant la notion de cause subjective propre à Capitant : "pour un type de contrat donné, le but poursuivi par chaque contractant est toujours le même, quelque soit la personnalité des contractants" (394). En d'autres termes, c'est le "sens et la fonction", la cause "formelle" du contrat (395) qui révèle le but poursuivi par le garant, entré dans le champ contractuel c'est à dire le but pris en considération pour former la cause. Ainsi, la cause de la garantie "automatique" est, sous réserve de précisions ultérieures, la volonté du garant de garantir le résultat attendu par le bénéficiaire suite à la prestation du donneur d'ordre (396).

La présence de cette cause bien loin de remettre en question le régime d'inopposabilité des exceptions justifie celui-ci. Le garant, en adhérant à une opération triangulaire qui a pour but d'assurer la réalisation d'un résultat indépendamment de son caractère obligatoire, accepte de ne pouvoir se prévaloir des vices qui précisément affecteraient ce caractère obligatoire de la prestation.

(392) Nous avons adressé la même critique à l'approche dichotomique allemande : cautionnement causal-cautionnement abstrait.

(393) Ces conclusions seront largement développées, infra n°274 ; Comp. celles de Portale, supra n°231.

(394) Capitant H., *De la cause*, Thèse, Paris 1923, n°8, 31 : Dans la plupart des contrats, le lien qui unit l'obligation et la cause est à la fois invariable et indestructible... Invariable, c'est à dire que pour un contrat donné le but poursuivi par chaque contractant est toujours le même, quelle que soit la personnalité des contractants." (Cfr le commentaire de Terré (L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, thèse, Paris 1957, 249) à propos de la conception "classificatrice" de la cause chez Capitant).

(395) Les développements relatifs au droit italien, en particulier ceux de Mazzoni ont insisté sur cette conception de la cause de garantie "automatique".

(396) Nous préciserons cette première approche de la cause infra n° 290.

Le bénéficiaire, dans la mesure où il a participé à la mise sur pied de l'opération triangulaire en réclamant la délivrance d'une garantie "automatique" entend bénéficier de cet avantage.

Cette justification finale du principe de l'inopposabilité des exceptions propre à la garantie "automatique" s'appuie sur le caractère causal et contractuel de l'engagement du garant, curieusement, elle retrouve ce qui était le soi-disant fondement de l'acte unilatéral abstrait : la constatation de l'adhésion à une institution caractérisée selon l'opinion commune par l'abstraction des obligations qu'elle engendre. L'abstraction au sens technique de la garantie "automatique" ne se justifie pas par la théorie de l'acte abstrait.

§ 3. La doctrine française : la garantie "automatique" comme contrat causal.

272. Le titre choisi pour résumer la position française traduit à suffisance la divergence des positions belge et française. Là où le droit belge se réfugie derrière l'autonomie du droit commercial (397) pour valider la garantie "automatique et l'originalité de son régime juridique, le droit français prétend trouver dans l'application des principes traditionnels du code civil, la justification du statut particulier, de l'institution née de la pratique commerciale.

La garantie "automatique" est, en effet, non seulement un contrat, mais en outre un contrat causal et dès lors rien n'empêche de reconnaître sa validité, selon le principe de l'article 1134 code civil. La consécration de la nature causale a une conséquence importante ; elle permet aux auteurs français, de concevoir certaines limites à l'abstraction de la garantie "automatique". Le degré d'abstraction propre à la garantie "automatique" s'explique par la nature causale de ce contrat. Nous essaierons de mettre en évidence le bien fondé de cette thèse, en même temps que nous en chercherons une traduction plus précise.

A. La garantie "automatique" comme contrat causal.

1. La conception contractuelle de l'engagement du banquier garant.

273. Nous avons noté la méfiance du droit français face à une large reconnaissance de l'acte unilatéral (398).

(397) *"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... Le crédit irrévocable est une nouvelle manifestation de l'autonomie du droit commercial."* (Heenen J., *Les sûretés personnelles dans le droit bancaire belge*, Rec. soc. J. Bodin, T. XXX, 1969, 158)

(398) *supra* n°255

Déjà, lors de leur étude de l'engagement du banquier apériteur du crédit documentaire, les auteurs français (399) n'avaient osé émettre la thèse de l'engagement unilatéral (400).

L'étude de l'engagement du banquier, garant "automatique" est l'occasion pour la doctrine française d'affirmer nettement (401) sa préférence pour la construction contractuelle (402). Ainsi, les professeurs Gavalda et Stoufflet (403) rejoignent le point de vue étranger (404) pour estimer : "la formation de la convention requiert le consentement du bénéficiaire qui n'est toutefois soumis à aucune forme particulière et peut résulter du silence observé à réception de la notification de la garantie."

(399) ... même si certains auteurs (tels Stoufflet) ne parlaient même pas d'acceptation tacite.

(400) Rappelons en outre qu'Escarra, partisan de l'acte unilatéral, conclut en faveur de la naissance de l'engagement du banquier après acceptation tacite par le bénéficiaire.

(401) En ce sens, Gavalda-Stoufflet, *La lettre de garantie internationale*, RTD comm. 1980, 6 ; Villerey M., *Les garanties bancaires de droit français : rapport de droit français*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981 ; Vasseur M., *Exposé de synthèse*, Actes du colloque, n°8-5).

A signaler cependant, la déclaration de Dubisson (Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, DPCI, 1977, 445) : "Il s'agit d'un engagement unilatéral du garant." (déclaration à propos des garanties dites "inconditionnelles contredite

1°) par la reprise (op. cité 441) que cet auteur fait de la définition d'Eisemann : "La garantie (inconditionnelle) est un contrat unilatéral" et 2°) par son analyse de la garantie "documentaire" comme contrat).

(402) ... à notre avis de façon plus nette encore que pour le crédit documentaire.

(403) Gavalda-Stoufflet, op. cité, 6

(404) Rappelons (supra n°255) que toutes ces doctrines se réfèrent à la construction contractuelle par acceptation tacite (Cfr à cet égard, la référence de Vasseur (op. cité, eod loco) à l'analyse faite par Schinnerer du contrat conclu par acceptation tacite).

Ce système du contrat par acceptation tacite du bénéficiaire, qui, généralement, a lui même imposé le texte de la garantie nous apparaît plus conforme à la réalité (405). Il ne s'agit pas pour autant d'imaginer que l'acceptation a lieu par avance, lors de la négociation par les parties au contrat commercial du texte de la garantie (405 bis) et que la formation du contrat soit immédiate dès l'envoi de la garantie. L'acceptation du bénéficiaire ne peut exister, premièrement, qu'après que ce dernier ait reçu notification de la garantie (405 ter) et, secondement, que son absence de refus dans des délais courts (406) ou son comportement (407) laissent présumer son acceptation.

Entretemps, le banquier se protégera contre tout risque de rétractation ou modification demandées par son client en insistant auprès de ce dernier sur l'irrévocabilité de son mandat (408).

- (405) C'est du moins ce que révèle la pratique (notre article, DPCI, 1979, 392)
Cf. en outre, les nombreux textes de "cautions" réglementaires imposées
par les administrations des pays bénéficiaires des garanties (à cet égard
les nombreux exemples repris dans le dossier de commentation du colloque de
Tours) et qui sont condition même de la passation du marché.
- (405 bis) C'était le système préconisé par Van Maele à propos du crédit
documentaire.
- (405 ter) Rappelons que cette notification est bien souvent immédiate lors d'envoi
de la garantie par télex.
- (406) Le silence seul ne peut valoir comme acceptation mais un silence prolongé
peut valoir dans certains cas.
- (407) Ainsi, le fait pour l'importateur de procéder aux premiers paiements,
d'ouvrir le chantier, de confirmer auprès de tiers la qualité de l'exporta-
teur comme ensemblier, etc....
- (408) Cfr à cet égard nos remarques sur la faiblesse de l'argument belge en
faveur de l'acte unilatéral.

2. La garantie "automatique" est un contrat causal.

274. Rares sont les auteurs français à invoquer la nature abstraite du crédit documentaire (409). Il ne s'agit pas pour autant de nier l'abstraction de l'engagement du banquier par rapport aux relations de base, en particulier de l'opération commerciale; l'engagement du banquier est bien, selon l'expression française consacrée, "indépendant" (410).

Les réflexions jurisprudentielle et doctrinale à propos de la nature juridique de la garantie "automatique" confirment ce point de vue et même le prolongent.

(409) Ne se réfèrent pas une théorie de l'acte abstrait tout en reconnaissant l'abstraction du Crédit documentaire, not. Friedel J., *Réflexions sur la nature juridique de l'engagement du banquier apéritateur d'un crédit documentaire*, Mélanges J. Hamel, 1961, 546 ; Chéron A., note D. 1947, I, 279; Marais G., *Du crédit confirmé en matière documentaire*, Thèse, Paris, 1935, 28 et S. ; etc... Cf. cependant Stoufflet (*Crédit documentaire J.cl. Banque*, Fasc 32, 1976, n°99) qui note : "Le crédit irrévocable donne naissance à un engagement abstrait, indépendant des rapports donneur d'ordre - banque créditrice" et explique ainsi seulement partiellement le régime d'inopposabilité des exceptions (à cet égard, déjà notre critique des réflexions de Velu, supra n°269)

(410) Ainsi Stoufflet (*Le crédit documentaire*, Thèse, 1957, n°349 et s. ; v ° *Crédit documentaire*, Dalloz, Rep ; *Crédit documentaire*, J.cl. Banque, Fasc 32, 1976, n°104) dr. civ. n°37), Gavalda et Stoufflet (*Droit de la Banque* Paris, 1974, n°534 et s.), Friedel (op. cité, eod loco), Marais (op. cité eod loco), etc.. parlent d'autonomie ou d'indépendance de l'engagement du banquier ; Rodière et Rives-Langes (*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), Hamel (*Les crédits bancaires internationaux*, Mémoires de l'Académie, 1935, 272) parlent d'indépendance de l'engagement du banquier (Cfr. aussi dans la jurisprudence, note., 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 ; etc)

Les juges français - peut être la condamnation implicite de la cour d'appel de Paris le 15 juin 1973 (411) les y incitait - rappellent volontiers que la garantie "automatique" est "indépendante" (412) sans noter en outre sa nature abstraite (413)... ni d'ailleurs sa nature causale.

Seule la cour d'appel de Riom (414) ose affirmer que "le contrat de garantie" à première demande "trouve sa cause dans le désir et la volonté de l'exportateur de réaliser son marché..., ce qui eût été impossible sans la mise en place des cautions à première demande exigées par le cocontractant de l'exportateur."

En contraste avec la prudence des juges français, la doctrine a cherché à mettre en évidence la nature causale de la garantie automatique. Pour ce faire, elle a adopté une conception singulièrement objective de la cause.

275. Dubisson écrivait, dès 1977, à propos de la garantie inconditionnelle :

"Il s'agit d'un engagement juridique unilatéral du garant et donc de l'exportateur dont la cause juridique abstraite réside dans la seule signature du contrat principal et non pas dans son inexécution ou sa mauvaise exécution. Le lien entre la garantie et l'existence d'un contrat demeure, mais il n'y a plus aucun lien entre la garantie et les obligations que ce contrat met à la charge de l'exportateur." (415)

(411) Paris 15 juin 1973, *Rev. Jur. comm.*, 1973, 273, étudié supra n°240 et 241. Cet arrêt affirmait expressément la nullité d'une sûreté personnelle de nature "abstraite"

(412) En ce sens, noter outre les décisions déjà citées supra n°249 (Paris 8 déc. 1977, *D.* 1979, J. 259 : "indépendante" ; Rennes 11 juillet 1978 (inédit) : "distinctes" ; Cass. 12 juin 1979, *Bull. cass. civ.*, IV, n°197, 150 : "indépendante") l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris du 20 mars 1979, (repris par Villerey, *Rapport de droit français*, op. cité) : "l'acte de garantie inconditionnelle est indépendant du protocole d'accord passé entre les deux sociétés." et celle du tribunal de commerce de Paris du 28 novembre 1979 (inédite)

(413) Cfr. cependant. trib. gde inst. Paris 13 mai 1980, cité et analysé supra n° 251 : "la garantie s'analyse comme un engagement abstrait".

(414) Riom 14 mai 1980, inédit (cité par Vasseur, *Rapport de synthèse*, op.cité) Cette déclaration des juges de Riom est importante. Nous reviendrons sur cet attendu qui désigne clairement le fondement même de la doctrine causaliste française, à savoir la prise de conscience nette de l'unité de l'opération tripartite.

(415) Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution*, *D.P.C.I.*, 1977, 3, 445.

Nous ne nous attarderons pas sur la première affirmation : la garantie "automatique" ou "inconditionnelle" est un acte unilatéral. Nous lui avons fait ample procès et ce n'est pas le lieu de revenir sur nos affirmations. La seconde affirmation mérite par contre toute notre attention. La garantie "automatique" est un acte causal et sa cause "abstraite" (416) est l'existence du contrat donneur d'ordre-bénéficiaire.

Une telle définition de la cause est reprise par la doctrine française récente. Les formules sont cependant plus ou moins nuancées. Vasseur les résume de la façon suivante : "Pour nous Français, la garantie à première demande trouve sa justification, sa cause, dans le contrat de base conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire étranger." (417)

Cette conclusion de Vasseur, dont nous étudierons les conséquences par la suite, ne peut être appréciée qu'au regard des développements qui lui ont donné naissance, ceux de Villerey, d'une part, de Gavalda et Stoufflet, d'autre part.

276. La définition de la cause du contrat de garantie "automatique" donnée par Villerey (418) est plus précise que celle de Vasseur : "L'engagement de la banque, conforme aux exigences de l'importateur, trouve par le canal de la demande de l'exportateur sa cause dans la réalisation de la condition mise à la signature de l'opération économique concernée ainsi que dans la volonté de la banque qui trouve dans l'étendue de son objet vocation et même mission d'aider à la réalisation d'opérations économiques de ce type."

(416) ... relever la contradiction des deux termes qui signifie simplement que la cause est la prestation de base, abstraction faite des obligations qui devraient en naître.

(417) Vasseur M., Rapport de synthèse, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981, n°8/5. La note de Vasseur (D.1979, J. 259) se contentait d'affirmer le caractère indépendant de la garantie "automatique"

(418) Villerey A., Les garanties bancaires dans le commerce international, Rapport de droit français, Actes du colloque de Tours, Paris 1981.

La définition de la cause est donc double pour Villerey :

- elle renvoie, d'une part, à la réalisation de l'opération économique donneur d'ordre-bénéficiaire. C'est la cause objective externe, présente dans l'engagement du banquier à la fois par la demande de l'exportation et à la fois par la conformité de l'engagement souscrit aux exigences de l'importateur ;
- elle consiste, d'autre part, en l'accomplissement d'une fonction bancaire licite. C'est la cause subjective interne, la volonté de la banque d'aider à la réalisation d'opération du commerce international.

Cette double conception de la cause de Villerey peut être rapprochée de la double conception défendue par Mazzoni (419) qui cherchait à concilier à la fois cause formelle et cause matérielle de la garantie "automatique". Si nous nous proposons de revenir aux enseignements de ces auteurs, relevons toutefois que la définition de Vasseur ne privilégie que l'un des deux aspects de leur définition. La même critique s'adresse aux développements des professeurs Gavalda et Stoufflet (420). La manière dont la question de la nature juridique de la garantie "automatique" est abordée par ces deux auteurs mérite cependant d'être notée :

"C'est précisément cette indépendance qui, plus fondamentalement encore, fait "difficulté. L'engagement du garant semble être un engagement "abstrait" et il "est, en fait assez souvent ainsi qualifié. Est-il valable malgré une apparente "absence de cause ? C'est cette fois, la validité de la garantie qui est en "question et non celle d'une garantie particulière. Le défaut de cause ne "rend-il pas douteux la validité de la garantie à première demande ?... Si "l'analyse de la garantie devait conduire à la conclusion que la garantie est "un acte sans cause, sa validité serait inéluctablement compromise, étant donné "les termes des articles 1108 et 1131 du code civil. (421)"

(419) *supra* n°234.

(420) Gavalda et Stoufflet, *La lettre de garantie internationale*, R.T.D. comm. 1980, 10 et s.

(421) *Comp. avec l'argumentation de Van Ommeslaghe à propos de notre arrêt de la cour de Cassation belge, supra n°243. L'article 1134 exige, pour les auteurs français, la présence d'une cause (Cfr notre critique de l'argument doctrinal belge, n°258)*

"La cause de l'engagement du garant, et les auteurs résolvent ainsi le problème posé, ne peut être l'obligation de l'exportateur envers l'importateur. Mais cela implique-t-il qu'il s'agisse d'une obligation sans cause qui serait nulle selon le droit français ? Cela n'est pas certain... (Dans le cas d'acte à titre onéreux), la cause est, selon l'opinion la plus répandue, de caractère objectif, au moins lorsqu'il s'agit d'en apprécier l'existence... La cause varie selon la nature du contrat ou de l'opération juridique (422)."

"La cause de la garantie dite "d'exécution" (423), celle qui soulève le plus de difficulté pourrait être l'existence d'un contrat ou peut être plus exactement, la conclusion d'un contrat entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire."

Ces précisions sur la définition de la cause de la garantie automatique données, nous voudrions au point C., insister sur le fait que la thèse de la nature causale de la garantie "automatique" s'appuie sur une approche unitaire de l'opération tripartite.

(422) *Comp. avec l'affirmation de Capitant, supra n°271, note 394 même si le raisonnement de Gavalda et Staufflet s'apparente plus à celui de Boyer et reprend sa notion de cause "catégorique" objective.*

(423) "La cause de la garantie de soumission est la présentation d'une offre par le soumissionnaire, fait bien défini. Quant à la garantie de remboursement, elle a pour cause le versement d'avances par l'importateur." (Gavalda et Staufflet, *op. cité*, 10, note 4)

3. L'unité logique de l'opération tripartite comme fondement de la thèse de la nature causale de la garantie "automatique"

277. La critique de la thèse belge de l'engagement unilatéral abstrait mettait en évidence la contradiction entre cette thèse et son prétendu fondement : la constatation de la participation de toutes les parties à un mécanisme aux effets juridiques définis a priori. La thèse française du contrat causal de garantie automatique s'appuie, au contraire, explicitement sur ce "donné réel" de l'institution tripartite et y trouve sa justification (424).

Vasseur (425), lorsqu'il affirme le caractère causal de la garantie "automatique" ajoute : "le banquier accorde sa garantie dans la perspective du "marché à conclure entre son client : le donneur d'ordre et le bénéficiaire... "le lien entre le contrat de base et la garantie est d'ailleurs si réel et si "évident qu'habituellement l'acte de garantie fait référence expresse dans le "préambule au contrat de base. Contrat de base et garantie constituent un groupe "de contrats qui ensemble ont pour fin, l'aboutissement de l'opération commerciale projetée (426)."

Villerey ne s'explique pas autrement. Il présente la question de la nature causale comme suit (427) : "Dans les opérations de garantie à première demande, cet aspect "juridique se présente ainsi :

- l'importateur étranger, fait du bénéfice à son profit d'une garantie à première demande, la condition déterminante indispensable à la signature du marché ;
- l'exportateur français se trouve donc dans l'absolue nécessité, s'il veut importer ce marché, de satisfaire à cette exigence de l'importateur étranger ;

(424) Déjà, notre remarque à propos de l'arrêt de la cour d'appel de Riom du 14 mai 1980, *supra* n°274.

(425) Vasseur M., *Rapport de synthèse*, n°8/4.

(426) Une autre preuve est donnée par Vasseur : "La réglementation française des changes n'habilite les banques françaises, bénéficiaires d'une délégation générale et permanente que sous la condition qu'il leur soit justifié d'un contrat."

(427) Villerey A., *Rapport de droit français*.

- " - la demande que l'exportateur français formule à sa banque pour obtenir cette garantie à première demande, aux conditions définies par l'importateur étranger, trouve sa cause dans la nécessité qui vient d'être décrite, qui conditionne la réalisation de l'opération économique recherchée par cet exportateur
- " - l'engagement de la banque, conforme aux exigences de l'importateur étranger, trouve par le canal de la demande de l'exportateur sa cause dans la réalisation de la condition mise par cet importateur à la signature de l'opération économique concernée.."

Bref, la consécration de la nature causale de la garantie automatique s'appuie sur la cohérence de l'ensemble de la construction de l'opération qui mène à la délivrance de la garantie automatique. On ne peut dissocier la garantie des relations de base sur lesquelles elles s'appuient, puisque sa fonction est d'aider à la réalisation de l'équilibre contractuel mis en place par l'opération commerciale garantie. (428).

Cette unité "téléologique" des différentes phases de l'opération tripartite nous apparaîtra décisive pour la compréhension des possibilités laissées au donneur d'ordre d'empêcher le paiement de la garantie. (429).

(428) Villerey (op. cité, *ead loco*) conclut son étude de la nature causale de la garantie automatique de la façon suivante : "En effet, la garantie participe au même titre que le contrat commercial à la formation de l'ensemble contractuel cohérent indispensable à l'aboutissement de l'opération commerciale ; elle se trouve soumise comme le contrat commercial, aux contraintes et aux exigences de l'importateur étranger."

(429) *infra* n° 306 et s.

B. Les conséquences de la nature causale du contrat de garantie "automatique".

1. La validité de la garantie automatique.

278. Il est remarquable de constater que la validité de la garantie automatique s'appuie principalement sinon exclusivement chez les auteurs causalistes sur la nature causale de la garantie automatique. Par là, la doctrine française rejoint les enseignements classiques de la doctrine italienne, où l'article 1322 du code civil fait dépendre la validité de contrats "innommés" de la présence d'une juste cause, c'est à dire d'intérêts dignes de protection (430).

"En droit français, analyse Villerey (431), l'article 1134 du code civil selon lequel, "les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.. laisse aux parties la plus grande liberté d'action dès lors que sont respectées les règles relatives au droit des obligations, notamment parce qu'elles seules sont ici concernées - celle qui résultent des dispositions de l'article 1131 :

"l'obligation sans cause sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet."

Le même raisonnement est adopté par Gavalda et Stoufflet (432) qui reprennent la ferme opposition de principe du droit français à la reconnaissance d'acte abstrait : "On peut douter, écrivent-ils, qu'il en aille ainsi et si l'analyse de la garantie devait conduire à la conclusion que la garantie est "sans cause (ent. détachée de sa cause *) , sa validité serait inéluctablement "compromise étant donné les termes des articles 1108 et 1131 C.C." Le droit français, repètent-ils, est "de tradition causaliste."

279. L'applicabilité de l'article 1134 permet donc de voir dans la garantie "automatique" une forme contractuelle "sui generis", caractérisée par l'indépendance de l'engagement du garant au regard de l'obligation du donneur d'ordre.

(430) *Sur l'importance de l'article 1322, du code civil, italien siège de la théorie italienne de la cause (supra n°63), dans le raisonnement à propos de la validité de la garantie "automatique", n°233.*

(431) Villerey A., op. cité.

(432) Gavalda et Stoufflet, op. cité, N°11 et 12.

Cette caractéristique distingue la garantie "automatique" du cautionnement.

"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 indiscutables " (433). Aucun auteur français ne songe d'ailleurs à appliquer à la garantie "automatique" les prescrits relatifs au cautionnement (434). Les auteurs français rencontrent alors une seconde objection contre la validité de ce contrat sui generis : peut-on écarter ainsi le caractère accessoire du cautionnement ? (435).

Leur réponse est simple : le "principe de l'accessoire", s'il est "un élément essentiel du cautionnement" " n'est pas d'ordre public" (436). "Les parties, le garant peuvent conventionnellement l'écarter" (437) "il ne répond à aucune norme de portée générale qui imposerait d'en étendre l'autorité à d'autres figures juridiques." (438)

(433) Villerey A., *op. cité*.

(434) Seuls Gavalda et Stoufflet analysent systématiquement la question : "L'article 2036 du code civil est inapplicable à la garantie et aucune distinction n'est à faire sous ce rapport entre la garantie à première demande et la garantie conditionnelle au sens défini ci-dessus. Les autres exceptions ouvertes par le droit du cautionnement sont, elles aussi, à écarter. Le bénéfice de discussion est, de toute évidence, incompatible avec la garantie. Il n'est d'ailleurs pas d'ordre public pour le cautionnement et, le plus souvent, il est conventionnellement supprimé. Le bénéfice de division ne se conçoit que s'il y a plusieurs garants. Même alors son application à la garantie est douteuse car il s'agit d'une technique particulière dont l'extension hors de la matière du cautionnement est difficilement acceptable. Chacun des garants est tenu d'une manière tout à fait indépendante, dans la mesure de l'obligation qu'il a contractée. Le même raisonnement est applicable en ce qui concerne le bénéfice de cession d'actions prévu à l'article 2037 du code civil. Il est d'ailleurs lié au transfert légal des sûretés à la caution qui est fort douteux dans le cas de la garantie."

Comp. avec les développements des doctrines germaniques (*supra* n°216 et 217) et de la doctrine italienne (*supra* n°235)

(435) Rappelons que la cour d'appel de Paris le 15 juin 1973 affirmait la double objection.

(436) Gavalda-Stoufflet, *op. cité*, 9.

(437) Vasseur M., note sous Paris 14 nov. 1978; Paris 22 juin 1978, D. 1979, J. 259.

(438) Gavalda-Stoufflet, *op. cité*, 9 ; Comp. avec le raisonnement de la cour de Cassation italien du 3 septembre 1966 (*supra* n°186 et s.) et le syllogisme réducteur qui présidait à l'analyse classique des sûretés personnelles en France (*supra* n°91 et 240)

Il ne s'agit pas pour autant de nier la subsidiarité de l'engagement du garant. Le contrat de garantie se réfère bien à une opération économique dont elle vise à assurer la bonne fin. Mais "Ce principe de subsidiarité", cette référence à l'existence d'une opération économique garantie " n'est pas de nature à entraver la reconnaissance de la garantie. L'argument est tiré du précédent du crédit documentaire : "Cet engagement bien qu'il ait pour but le règlement d'une dette du donneur d'ordre envers le bénéficiaire, est, en droit, totalement indépendant du rapport donneur d'ordre-bénéficiaire dans lequel le garant ne saurait puiser aucune exception pour échapper à l'exécution." (439)

Au delà de cette analogie discutable avec le crédit documentaire (440), il est même possible de démontrer que la subsidiarité propre à la garantie automatique permet de comprendre à la fois l'abstraction et les limites de l'abstraction de l'engagement du garant. (441).

(439) Gavalda-Stoufflet, *op. cité*, 9.

(440) *Comp. avec le raisonnement de Stoufflet à propos du crédit documentaire (Le crédit documentaire, op. cité, n°388) : "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." ; Cfr aussi du même auteur, v° Crédit documentaire, Dalloz, Rép. de comm., n°37 et s. Nous avons déjà affirmé supra n°127 que le crédit documentaire n'était pas un engagement subsidiaire mais principal en tant que "moyen de paiement d'une prestation du commerce international.*

(441) *Nous avons déjà suffisamment insisté sur le fait que le caractère subsidiaire de la sûreté personnelle ne se réduit pas au caractère accessoire propre à certains types de sûretés personnelles.*

2. La nature causale de la garantie "automatique" n'exclut pas son "indépendance"

280. La dichotomie : cautionnement, contrat causal - garantie, contrat ou acte abstrait permettait aux doctrines germaniques (442) dans une moindre mesure à la doctrine belge (443), d'appuyer la distinction entre le cautionnement accessoire et la garantie non accessoire. Si la doctrine française nie l'existence d'une différence de nature entre cautionnement et garantie "automatique", tous deux contrats causals (444), il n'y a cependant pas lieu pour elle de les confondre : "il convient, remarque Vasseur, de se garder de lier la question du caractère causal ou non de l'engagement du garant au caractère accessoire ou non de cet engagement par rapport au contrat de base. Ce serait là mêler les choses et semer la confusion. L'engagement du garant peut avoir un caractère causal non abstrait et être en même temps un engagement non accessoire, indépendant du contrat de base." (445)

En effet, la définition de la cause de la garantie automatique justifie l'"indépendance" de la garantie que nul auteur français ne songe à nier.

"Si la cause juridique de l'engagement du garant "réside dans la seule signature du contrat principal et non pas (comme dans le cautionnement *) : dans son exécution ou inexécution, le lien entre la garantie et l'existence d'un contrat demeure, mais il n'y a plus (comme dans le cautionnement *) aucun lien entre la garantie et les obligations que ce contrat met à la charge de l'exportateur". (446)

(442) *supra* n°218.

(443) *supra* n°258 et 259

(444) "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 différencient garantie à première demande et cautionnement traditionnel." (Villerey A., *op. cité*)

(445) Vasseur M., *Rapport de synthèse*, N°8/4 ; *Comp. les affirmations de Cöhn, citées supra* n°146.

(446) Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution*, DPCI, 1977, 445.

Ainsi, l'indépendance de la garantie "automatique" par rapport au sort des obligations nées ou à naître de l'opération commerciale de base, non seulement ne s'oppose pas à la reconnaissance de sa nature causale mais même peut s'expliquer par la cause de ce contrat bancaire. (447)

3. La nature causale de la garantie "automatique" permet de comprendre certaines limites de son abstraction.

281. "La reconnaissance du caractère causal de l'engagement du garant n'est pas sans conséquence ; ainsi qu'il sera montré plus loin elle va dans le sens de l'intérêt des exportateurs ; elle est de nature, le cas échéant, à limiter la portée de l'engagement du garant." (448)

Gavalda et Stoufflet rejoignent cette déclaration de Vasseur : "(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." (449)

Reprenons la définition de la cause donnée par ces auteurs et cherchons à approcher les limites que cette définition impose à l'abstraction de la garantie automatique. Nous noterons, en outre, d'autres limites acceptées par la doctrine mais non expliquées par la théorie de la cause.

La cause de la garantie "automatique" est l'existence d'un contrat, les notions d'absence, d'erreur, de disparition et d'illicéité de la cause sont dès lors applicables.

(447) *Comp. avec les affirmations de Portale, supra n°233.*

(448) *Vasseur M., op. cité, n°8/4 développant une idée déjà défendue par Villerey (op. cité)*

(449) *Gavalda et Stoufflet, op. cité, II.*

Nous étudierons la signification donnée à ces notions par les auteurs français de la façon suivante :

- 1°) l'absence ou l'erreur sur la cause
- 2°) la disparition de la cause
- 3°) l'illicéité de la cause

282. 1°) "l'erreur sur la cause n'est pas, notent Gavalda et Stoufflet, inconcevable en théorie tout au moins ; le garant se serait mépris sur l'existence même de relations d'affaires entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire" (450)

Cette hypothèse peut être rapprochée à notre avis de celle décrite par la doctrine allemande : la garantie est donnée à propos d'une opération simulée (Scheingeschäft) par laquelle les parties cherchent simplement un transfert de fonds sans se référer à un marché réel. (451)

Deuxième conséquence de la notion d'absence ou d'erreur dans la cause : "même fournie à première demande", la garantie est donnée à propos d'une obligation principale contractée par une personne déterminée. Cette garantie ne peut être invoquée - et il ne s'agit là que d'aspects particuliers de la notion de cause par le bénéficiaire qu'au titre de l'obligation et de la personne visée par la garantie." (452) La doctrine française voit dans l'arrêt du 14 novembre 1978 déjà étudié une confirmation de son assertion (453). Il est à noter que cette exception fondée sur l'absence de cause de la demande est distinguée de l'exception de mauvaise foi auquel le commentaire de Vasseur s'était à l'époque référé (454).

(450) Gavalda et Stoufflet, op. cité, eod. loco.

(451) Cfr sur l'opération simulée comme limite à l'abstraction de la garantie "automatique" et du "crédit documentaire" en droit allemand, supra n°225.

(452) Vasseur M., op. cité, n°20 ; Villerey A., op. cité.

(453) Cet arrêt a été étudié supra n°248. Rappelons que dans le cas jugé, la demande du bénéficiaire visait un marché différent de celui pour lequel la garantie avait été réclamée.

(454) Vasseur M., note sous Paris 14 nov. 1978, D. 1979, J. 259. Cette distinction est importante. Les conditions mise à la prise en considération de la "fraude" à savoir l'évidence sont-elles abandonnées, lorsqu'on se trouve sur le terrain de la cause ? C'est ce que suggère le raisonnement.

Villerey et Vasseur (455) notent une troisième conséquence dont a priori nous apercevons mal le lien avec la question de la cause du moins telle que cette notion est définie par ces auteurs (456) : "La garantie à première demande ne peut être invoquée par le bénéficiaire que conformément aux termes de la garantie." En d'autres termes, il s'agit de limiter le droit du bénéficiaire à la garantie en fonction des seuls risques souscrits par le garant (457). Ainsi - et les auteurs se réfèrent à l'arrêt d'Aix confirmé en cassation (458) - lorsque la garantie est "documentaire" ou prévoit une clause de libération automatique, la demande, non appuyée des documents prévus ou réclamant la totalité de la somme garantie nonobstant la clause susdite, est dite sans cause.

283. Selon Gavalda et Stoufflet (459) "l'annulation ou la résolution du marché conclu libérerait le garant." L'affirmation découle directement de la nature causale de la garantie automatique. Si la cause est l'existence d'un contrat, la disparition de celui-ci doit entraîner extinction de la garantie.

Curieusement, cette position rejoint une affirmation de Van Lier (460), elle même inspirée des développements antérieurs relatifs au crédit documentaire. Reprenons le raisonnement explicite de Van Lier : "Tant l'intention des parties que l'économie de l'institution indiquent que la garantie abstraite est consentie afin d'assurer la bonne exécution d'une transaction commerciale par une personne autre que le garant, en d'autres termes, qu'il s'agit bien d'une sûreté personnelle. Comme le précisait Eisemann, "Même si ces garanties ont pu être considérées, d'un strict point de vue juridique, comme totalement indépendantes

(455) Villerey A., *op. cité* ; Vasseur M., *op. cité*, N°22.

(456) *infra* n°287 , notre critique de la théorie française de la cause.

(457) C'est donc à nouveau l'analyse des risques souscrits par le garant qui permet de comprendre la solution ici donnée.

(458) Aix 31 mars 1978 cité *supra* n°250 ; le pourvoi formé contre cet arrêt qui avait admis l'interdiction faite au banquier de payer la totalité de la garantie a été rejeté par la cour de Cassation, le 3 mars 1980.

(459) Gavalda et Stoufflet, *op. cité*, 12 ; cette conséquence de la cause n'est déduite explicitement par aucun autre auteur français (Dubisson, Villerey, Vasseur)

(460) Van Lier H., Les garanties dites "à première demande" ou abstraites, J.T., 1980, 354. Van Lier se réfère aux conclusions de la doctrine belge à propos du crédit documentaire (Dieryck, Frédéricq, Van Rijn et Heenen, Boumal ; en France, Hamel).

"de ce contrat (de base), il n'empêche qu'elles en restent l'accessoire économique et que sans elles le contrat n'aurait certainement pas pu voir le jour." (461)

Bref - et la remarque est faite pour le crédit documentaire - "il existerait bien entre le contrat de vente et le crédit une indépendance juridique, mais ils seraient unis néanmoins par un lien de fait qui traduirait le caractère subsidiaire (462) de l'ouverture de crédit par rapport à la vente" (463)

Faut-il dès lors admettre que la résolution ou l'extinction du contrat entraîne disparition de la cause de l'engagement du garant ? Stoufflet, dans sa thèse sur le crédit documentaire (464), hésite déjà devant une telle conclusion : "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... (à défaut de certitude admettre l'exception), ce serait alors la ruine de l'institution !" La même prudence ne s'impose-t-elle pas à propos de la garantie "automatique" ?

Nous aurons l'occasion de montrer que les errements de la doctrine française s'expliquent par le défaut de précision propre à la définition de la cause de la garantie automatique (465).

(461) Rappelons que Van Lier est pourtant favorable à la théorie de l'acte abstrait.

(462) à noter la référence à la notion du subsidarité qui traduirait le fait que la garantie est l'accessoire économique (non juridique).

(463) Stoufflet J., *Le crédit documentaire*, Thèse, 324, n°388 et les références citées note 4.

(464) Dans son dernier écrit (*Crédit documentaire*, Jur. et Comm., Fasc. 32, 1976, n°108) se prononce résolument contre une telle conclusion : "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 (référence notamment à Trib. comm. Bruges 10 juin 1952, R.T.D. comm 1954, 472 #) Cette jurisprudence mérite approbation..."

(465) *infra* n°287 et s.

Ensuite, Vasseur (466) note "pour les pays comme l'Italie (467) et la France qui sont "causalistes", il n'est pas possible d'admettre que l'obligation du garant, qui a été contractée par référence à un contrat de base donné, subsiste au cas où le contrat de base serait gravement modifié." Outre que l'affirmation est par trop absolue, nous voudrions faire remarquer que ce n'est pas en soi la gravité de la modification du contrat de base qui motivera la libération du garant mais la transformation et l'aggravation du risque supporté par le garant (468). A nouveau, c'est, à notre avis, l'imprécision de la définition de la cause qui explique ce déplacement de la question.

284. Nul ne conteste que l'illicéité ou l'immoralité de la cause entraîne nullité de la garantie mais certains restreignent la notion, d'autres l'étendent.

Il ne suffit pas en effet de dire qu'il y a illicéité ou immoralité de la cause lorsque l'opération commerciale garantie est illicite ou immorale (469). Il faut encore préciser aux yeux de quel droit, cette immoralité ou illicéité doit être appréciée. A cet égard, il est bien évident que c'est au regard de la loi applicable à la garantie que le juge se prononcera. (470)

- (466) Vasseur M., *op. cité*, n°15, les autres auteurs ne se réfèrent pas à la théorie de la cause.
- (467) Le rapport de Mazzoni (Rapport de droit italien, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981) concluait de même : "En d'autres termes, le degré d'abstraction ne peut arriver à tel point que le garant soit tenu par la seule force de la stipulation qu'il a prononcée, même si celle-ci n'a plus rien à voir avec la solution qu'elle entendait garantir."
- (468) Ainsi, le fait que les parties conviennent d'une modification "substantielle" (on connaît le danger de l'imprécision de ce terme et cela explique la solution des règles uniformes de la CCI, sur tout cela, notre article, DPCI 1979, 421) du contrat de base (passage d'une capacité de production dans des proportions de 1 à 3) ne peut selon nous entraîner libération de la garantie "automatique" que dans la mesure où le risque d'intervention du garant se trouve réellement accru.
- (469) "Parmi les rares cas d'application, on peut mentionner les contrats de base concernant des exportations à destination de pays à propos desquels existerait une décision d'embargo, des opérations commerciales relatives à des activités illicites, comme la contrebande ou encore des transactions ayant pour but de violer des dispositions de nature monétaire ou fiscale" (Van Lier H., *op. cité*, 354)
- (470) Sur cette question, Vasseur M., *Rapport de synthèse*, n°20 3° (se référant à Schinnerer) ; Van Lier H., *op. cité*, 354 ; Pouillet Y., *op. cité*, DPCI, n°29, 424 ; Villerey A., *Rapport français* : "la doctrine s'accorde à reconnaître que ces notions de bonnes moeurs et d'ordre public doivent être interprétées de façon restrictive".

Ainsi, l'illicéité et l'immoralité de l'opération commerciale au regard de la loi étrangère ne pourront être invoquées si, en outre, la loi applicable au contrat de garantie ou l'ordre public international condamnent cette cause d'illicéité ou d'immoralité (471). L'enseignement est constant en matière de crédit documentaire (472) et doit être étendu ici (473).

Ensuite, aucune cause d'illicéité ni d'immoralité du rapport : donneur d'ordre - garant ne peut être opposée au bénéficiaire. Ainsi le fait qu'une interdiction de sorties de devises empêchant tout remboursement du banquier auprès de son client (474) ne peut en aucune façon justifier le refus de la banque de payer le bénéficiaire (475).

Le garant prend, en effet, en charge tous les risques attachés à sa relation envers le donneur d'ordre, il supporte en outre les risques d'illicéité ou d'immoralité de la relation donneur d'ordre-bénéficiaire dans la mesure où la loi applicable à son contrat et l'ordre public international au foi ne s'y opposent pas.

285. Au delà de ces diverses limites fondées sur la notion de cause, les auteurs français (476) s'accordent tous pour reconnaître une limite supplémentaire, celle tirée de la fraude "manifeste", celle qui "crève les yeux" selon

(471) *"Pour que le garant puisse donc invoquer avec succès que la garantie est relative à un contrat de base violant une disposition d'ordre public étranger, il devra en outre convaincre le juge du fond que cette transgression est immorale au regard du droit belge (loi applicable au contrat de garantie), alors seulement par application de l'article 1133, le garant pourra t'il refuser de s'exécuter."* (Van Lier H., op. cité, 354 et 355)

(472) *supra* n° 209 et 225

(473) A cet égard, l'arrêt de la CCI (aff. N°1664) *Dalmia Current C/Nat. Bank of Pakistan* (Doc. N°410/2038) où la banque pakistanaise fut condamnée à payer malgré que l'opération commerciale avait été traitée avec une société indienne et que la guerre pakistano-indienne avait mis fin à l'opération. La loi applicable n'était ni la loi indienne, ni la loi pakistanaise. Comp. avec Roma 30 avril 1942, B.B. e Tit di C., 1943, II, 45, étudié *supra* n°

(474) La situation visée ici est celle qui avait été jugée le 23 mars 1955 par la cour de Cassation française (J.C.P., 55, II, 8838, note Cabrillac)

- (475) Remarquons que les auteurs qui tiennent le rapport donneur d'ordre-garant comme cause de l'engagement abstrait du garant ne peuvent expliquer la solution. Une limite de l'abstraction propre à l'acte abstrait est en effet l'illicéité de la cause.
- (476) Vasseur M., Rapport de synthèse, n°20 4°/ ; Villerey A., op. cité ; Tandau de Marsac X., Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, D.P.C.I., 1480, N°18 ; Vasseur M., note citée, D. 1979, J., 259 ; Comp. les positions belges (supra n°251) germanique (supra n°225) ; anglaise (supra n°211) et italienne (supra n°236).

l'expression de Vasseur (477) . "Le refus de paiement s'impose certainement en cas de fraude. La maxime "fraus omnia corrumpit" a une portée générale. La difficulté est d'encirconscrire la portée en notre matière car, à ouvrir trop largement l'exception : on risque d'affaiblir gravement la garantie. La fraude peut être invoquée si elle affecte les conditions même de la réalisation de la garantie (477 bis). Ainsi en cas de remise d'un document dont le banquier est en mesure d'établir le défaut d'authenticité. On peut aussi considérer qu'est constitutive de fraude l'affirmation par le bénéficiaire d'un fait d'inexécution à l'évidence contraire à la réalité lorsque cette affirmation est une condition de réalisation de la garantie et que le banquier a en main l'apreuve de l'inexactitude (478)." Alors il est fondé à refuser l'exécution et, s'il exécute le donneur est en droit de le lui reprocher", précisent Gavalda et Stoufflet (479).

(477) Vasseur M., *Rapport de synthèse*, eod. loco.

(477 bis) Comp. Friedel G., *Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable*, *Mélanges J. Hamel*, 546 ; "les agissements frauduleux avaient vicié non seulement le contrat de vente, mais aussi les rapports entre le banquier et le vendeur ; ainsi le sursis à statuer se justifiait parce que la fraude avait atteint ces rapports, et non parce qu'elle avait entaché le contrat de vente : cela laisse entendre que si la fraude n'avait vicié que ce dernier, elle aurait été inopposable par le banquier au vendeur."

(478) Gavalda et Stoufflet appliquent le même principe à la garantie à première demande dont "l'acte constitutif ne comporte pas de référence formelle à l'inexécution d'une obligation du donneur d'ordre envers le bénéficiaire". "Le garant, dit-il à la suite de Pleyer, refuse légitimement l'exécution s'il est en mesure de prouver d'une manière indiscutable que la garantie est invoquée sans fondement."

(479) Gavalda et Stoufflet, *op. cité*, 15, n°17.

Résumons les différents caractères de l'exception de fraude manifeste :

- 1°) son fondement est le principe "fraus omnia corrumpit" ; (480)
- 2°) la fonction de la garantie exige de donner au concept de "fraude" une interprétation restrictive (481) ;
- 3°) la fraude ne justifie le refus de paiement que si le garant est en mesure d'établir de manière indiscutable et immédiate la fraude du bénéficiaire (482) ;
- 4°) dans une telle hypothèse, le banquier doit refuser le paiement (483)

Ces précisions données, nous voudrions montrer comment une approche plus nuancée de la cause de la garantie "automatique" corrige et complète la solution française, comment notamment elle permet de comprendre la limite de la fraude ci dessus décrite.

(480) Le principe "fraus omnia corrumpit" est déjà invoqué par la doctrine française pour expliquer l'exception de fraude dans le crédit documentaire dont application in Cass. 4 mars 1954, S. 1954, I, 124 note Lescot.
 "On a souligné que fraus omnia corrumpit et que la fraude fait obstacle à l'application des principes de droit les plus certains" (Friedel G., Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable, Mélanges J. Hamel, 1961, 546 ; Stoufflet J., Le crédit documentaire, Thèse, n°391 ; Lescot P., note sous Cass. 4 mars 1954, S. 1954, I, 124.

(481) Comp. le raisonnement germanique, supra n° 220

(482) On retrouve la notion de "fraude manifeste connue" développée par la jurisprudence anglaise. Nous distinguerons de façon fort nette :
 - le cas où la banque peut être tenu pour responsable d'un paiement, cas de "fraude manifeste connue du banquier" (infra n° 398)

(483) Comp. les affirmations de Pleyer et des auteurs germaniques, supra n° 225
 Il y a responsabilité du banquier lors du paiement d'une demande d'une fraude manifestement abusive.

→ - le cas où le donneur d'ordre peut réclamer l'interdiction du paiement, cas de "fraude manifeste" (infra n° 311)

C. De la critique de la définition de la cause du contrat de garantie
"automatique" à nos conclusions relatives à la nature juridique, à la
validité et au degré d'abstraction de la garantie "automatique".

286. La doctrine française de la nature causale du contrat de garantie
 "automatique" développe trois intuitions qui nous apparaissent fondées :

- 1°) elle met en évidence l'importance de la notion de cause au centre
du procès de la validité de la garantie "automatique" ;
- 2°) elle s'appuie sur une conception globale de l'opération tripartite ;
- 3°) enfin, l'effort de la doctrine française rattachant les limites de
l'abstraction de la garantie "automatique" à la théorie de la cause
 mérite d'être suivi.

Ainsi, comme le notait le professeur Lesguillons au terme du colloque de Tours,
la question de la cause de la garantie automatique n'est pas purement théorique,
 elle a indiscutablement une portée pratique (484).

Notre ambition est de confirmer ce point de vue, de parfaire, à cet effet,
 la triple intuition française et, enfin, de proposer une définition de la cause
 de la garantie "automatique" qui emporte l'adhésion des ordres juridiques
 étrangers.

La critique de la définition française nous amènera tout naturellement
 à ces améliorations souhaitables (485); elle mettra en évidence l'importance
 du "sens et but", c'est à dire de la cause "formelle" de la garantie automatique,
 importance déjà relevée lors de notre étude des ordres étrangers (486)

(484) Lesguillons H., *Synthèse des travaux, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981. En réponse d'ailleurs à une boutade lancée par un intervenant :*

"La cause, je m'en fous"

(485) *L'exposition des conséquences de la théorie française de la cause avait déjà suggéré la nécessité de ces améliorations.*

(486) *Nous avons développé ce point de vue à propos des doctrines germaniques (supra n°227), du droit italien (supra n°234), du droit belge (supra n°263 et 265).*

Une telle approche permet, à notre avis, de résoudre définitivement la question de la validité de la garantie automatique, qu'un moment, les travaux de la C.C.I. ont explicitement remise en question.

Enfin, la cause de la garantie "automatique" défini effectivement le degré d'abstraction propre à cette institution.

1. La critique de la définition de la cause du contrat de garantie "automatique".

1° affirmation : la cause du contrat de garantie "automatique" n'est pas le contrat de base.

287. Déjà Gavalda et Stoufflet (487) reculaient devant l'extension à tous les types de garantie "automatique" de la définition retenue par la majorité des auteurs français. Il est bien évident que l'affirmation selon laquelle la cause de la garantie est l'existence d'un contrat est inapplicable à la garantie de soumission, garantie délivrée au premier stade de l'opération commerciale alors que le contrat n'est pas encore conclu et, précisément, pour faciliter la conclusion de celui-ci (488). La définition donnée est de même mal adaptée aux garanties de remboursement d'acompte et de retenue de garantie (489) qui ont, pour objet, une prestation particulière dans l'ensemble du déroulement de l'opération commerciale. (490)

(487) Gavalda et Stoufflet (op. cité, 10) s'excusent d'ailleurs de n'envisager que "la cause de la garantie dite "d'exécution"", "celle qui soulève le plus de difficulté" tout en notant (note 4) : "La cause de la garantie de soumission est la présentation d'une offre par le soumissionnaire, fait bien défini. Quant à la garantie de remboursement, elle a pour cause le versement d'avances par l'importateur."

(488) Sur la garantie de soumission et son rôle, en particulier, Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions de soumission et de bonne exécution*, DPCI, 1977, 423 et s.

- (489) *Sur les différentes formes de garanties délivrées par les banques à l'appui d'une opération du commerce international, lire notre rapport au colloque de Tours (op. cité, n°21 à 27) ; ceux de Dubisson M., Les garanties bancaires, les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, Actes du colloque de Tours, Paris 1981 et de Costet L., Le contrat commercial l'obligation contractuelle à garantir, eod loco. Les travaux de la CCI ne concernent pas la caution de retenue de garantie.*
- (490) *La garantie de remboursement d'acompte vise le remboursement d'acompte versé par le bénéficiaire pour financer le début des travaux à effectuer par le donneur d'ordre. Celle de retenue de garantie permet au donneur d'ordre de disposer dès réception provisoire de l'entièreté du paiement.*

A ce stade, une première précision s'impose : la cause de la garantie "automatique" vise une étape de la réalisation du marché.

Revenons à la seule garantie d'exécution pour laquelle la définition retenue s'imposerait. Est-il exact que cette garantie a pour cause l'existence du contrat ? La dénomination de "contrat" nous apparaît dangereuse et justifier certains errements ou incertitudes de la doctrine française. Ainsi, nous avons vu que cette doctrine (491) retenait que le bénéficiaire n'avait pas droit au paiement lorsqu'il y avait inexistance résolution ou nullité du contrat. Malgré les précautions ou réticences de certains auteurs (492) fondées sur la fonction de la garantie "automatique", elle y voyait une conséquence logique de la théorie de la cause.

Deux arrêts anglais appuient ces réticences et introduisent le bien fondé de notre seconde précision. Dans l'affaire Edward Owen, l'appel à la garantie "automatique" avait lieu alors même que le défaut d'ouverture par le bénéficiaire d'un crédit documentaire satisfaisant retardait l'existence du contrat. Les juges anglais estimèrent l'appel à la garantie d'exécution fondé sans se soucier de l'existence du contrat (493).

L'affaire Hyundai Heavy v. Papadopoulos (494) concernait un appel à la garantie après résiliation du contrat par le bénéficiaire de la garantie. Les juges anglais confirment le bien fondé du paiement par le garant.

(491) *supra* n°283.

(492) Ainsi, celles de *Stoufflet* à propos de la même solution retenue pour le crédit documentaire citées *supra* n°283.

(493) *Edward Owen Eng. Ltd v. Barclays Bank*, 2 W.L.R., 1977, 765 (étudié *supra* n°220 et 221). Certes la décision des juges anglais, dans l'hypothèse, peut être critiquée mais cette critique ne se fonderait pas sur la théorie de la cause mais bien sur l'exception de "mauvaise foi".

(494) *Hyundai Heavy Ind. Co Ltd v. Papadopoulos and Others*, 1 avril 1980, 2 All. E.R., (1980), 29 et s.

A notre avis, l'inexistence, la nullité et la résolution du contrat n'affectent pas de soi le droit au paiement de la garantie. La finalité de la garantie d'exécution est avant tout, souligne Costet, "d'obtenir le résultat économique recherché". (495) Le bénéficiaire se soucie peu qu'il y ait juridiquement parlant existence d'un contrat, ce qui lui importe, c'est la bonne fin de la prestation prévue par le marché (496).

En d'autres termes, pour reprendre l'expression de Dubisson (497), ce n'est pas avec les obligations, ni même avec le contrat, notion encore trop juridique, mais bien avec le marché, la prestation ou l'ensemble de prestations attendues du donneur d'ordre, notions purement économiques, que s'établit le "lien" lorsque le garant délivre la garantie "automatique" réclamée par le bénéficiaire (498).

Dès lors, ce n'est point l'inexistence juridique d'un contrat mais bien l'inexistence de tout véritable rapport économique qui seule justifiera la libération du garant (499). La distinction, naturelle aux juristes germaniques (500), entre le contenu économique d'une opération (Geschäft), la prestation (Leistung) et le rapport obligatoire qui normalement sanctionne cette prestation (Verpflichtung) doit être reconnue dans nos ordres juridiques. Elle permet d'apporter une seconde précision à la définition initiale de la cause : la cause de la garantie "automatique" se réfère à une prestation (ou un ensemble de prestations) prenant place dans le déroulement d'un marché.

Nous avons noté que c'était l'examen de la fonction économique et sociale de la garantie "automatique" (ce que nous avons appelé sa cause formelle) qui imposait une telle précision. Cette remarque introduit notre seconde affirmation.

(495) Costet L., *Le contrat commercial - l'obligation à garantir*, op. cité, eod. loco.

(496) Sur ce point, *infra* n° 295

(497) Dubisson M., *Le droit de saisir les cautions de soumission*, DPCI, 1977, 445.

(498) Il est permis de penser que Dubisson lui-même y songeait lorsqu'il prenait soin de préciser que "la cause juridique abstraite réside dans la seule signature du contrat principal."

(499) Ainsi lorsque l'opération commerciale est fictive. Nous avons déjà étudié cette question, *supra* n°282.

(500) Sur cette distinction en droit germanique et la définition de la garantie "automatique" comme "modèle" de garantie d'une prestation, *supra* n°228.

2° affirmation : La cause formelle du contrat de garantie "automatique" explique la référence à la prestation donneur d'ordre-bénéficiaire.

288. La deuxième affirmation n'est que la reprise d'une réflexion présente tout au long de nos développements. C'est l'examen du "sens et but" (501), de la "fonction économique et sociale" (502) de la garantie "automatique" qui explique le fait qu'il suffit de se référer à l'existence d'une prestation comme c'est l'examen du "sens et but", de la fonction économique et sociale, du cautionnement qui impose la présence d'une obligation à garantir (503). Pour reprendre la terminologie aristotélicienne, la "cause formelle" du contrat de garantie automatique justifie que la prestation suffise comme cause matérielle (504).

On peut démontrer aisément la proposition par l'analyse de la cause formelle de la garantie "automatique". Quels sont les "sens et but" d'une telle sûreté personnelle ?

La réponse selon laquelle la garantie "automatique" comme sûreté personnelle se substitue à un dépôt de fonds ou de titres, sûreté réelle, est une explication historique de la naissance de ce type de sûreté personnelle (505).

(501) selon l'expression allemande "Sinn und Zweck".

(502) selon l'expression italienne "funzione economica e sociale"

(503) Nous avons eu longuement l'occasion de développer ce thème, supra notre étude des rapports cause accessoriété en droit allemand.

(504) comme la "cause formelle" du contrat de cautionnement justifie l'obligation garantie ou à garantir comme cause matérielle.

Notre étude de la doctrine italienne (Mazzoni-Portale) affirmait déjà cette relation : cause formelle - cause matérielle (supra N°234). Cfr. aussi nos réflexions à propos de la théorie belge de l'acte abstrait.

(505) Rappelons que c'est à ce fait historique, que se réfèrent encore de nombreux arrêts et auteurs. Cfr. en Italie, la doctrine et jurisprudence relative à l'assurance caution, n°50 et s. ; en Allemagne, la célèbre décision du Landsgericht de Francfort du 16 nov. 1962, NJW, 1963, 450 ; en France, le discours introductif de M. H. Lesguillons, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981 ; Vasseur M., Rapport de synthèse, n°4 ; etc... en Belgique, Simont-Bruyneel, Chronique de droit bancaire, Rev. de la Banque, 1980 - 104, n°3 ; Velu S., Les garanties bancaires dans le commerce international : Rapport belge, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981 ; Pouillet Y., Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance caution, Bull. Assur., 1979, 21.

Elle ne permet pas d'en préciser la fonction. L'idée séduisante défendue par certains auteurs (506) selon laquelle il convient "d'analyser la garantie à première demande en une promesse de versement d'une somme d'argent à titre de garantie" est fausse : la sûreté personnelle : garantie "automatique" n'a pas pour fonction la constitution d'une sûreté réelle lors de l'appel à la garantie (507).

289. L'analyse la plus fine ou la fonction de la garantie bancaire est, à notre avis, celle présentée par Costet lors de son rapport à Tours (508). Elle rejoint l'intuition de la doctrine française selon laquelle la théorie de la cause de la garantie automatique s'appuie sur une analyse globale de l'opération tripartite (508 bis).

La thèse centrale de l'exposé est, en effet, que la fonction de la garantie bancaire "automatique" ne peut se comprendre qu'au regard de l'équilibre d'intérêts que les parties au contrat commercial cherchent à mettre en place. (509).

Ainsi, selon lui, "le but principal du client (le bénéficiaire de la "garantie) n'est absolument pas d'obtenir une indemnisation financière (510), le "but principal du client ce n'est pas un rapport de responsabilité civile "traditionnelle où la faute étant prouvée, une liaison de cause à effet avec un "dommage étant démontrée, on recherche une liquidation de dommages et intérêts... "Qu'est ce qu'il recherche, il a peur avant tout que le constructeur, l'ensemblier "quitte le chantier au bout d'un certain temps, sa mission étant imparfaitement "remplie..."

(506) Velu S., *op. cité*; Eisemann F., *Arbitrage et garanties contractuelles*, Rev. Arb., 1972, 389 ; Vasseur M., *Rapport de synthèse*, *op. cité*, n°4
L'intérêt de cette analyse est de justifier le recours du garant contre le bénéficiaire "dans le cas d'un appel simplement illégitime, dans la mesure où il se réduirait alors à l'action en rémunération de la sûreté fournie ouverte à la caution réelle une fois établie l'exécution de l'obligation garantie" (Velu S., *op.cité*)

(507) Même critique adressée au commentaire de Geri (suite à l'arrêt de la cour de cassation du 7 septembre 1968) par la doctrine italienne. Le commentaire de Geri suggérerait une analyse de l'assurance cautionnement à première demande comparable à celle de Velu. Sur ce point, nos commentaires in *Les incertitudes relatives à la nature juridique de l'assurance caution*, Bull. Assur., 1979, 25.

(508) Costet L., *Le contrat commercial - l'obligation à garantir*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.

(508 bis) *supra* n°277.

(509) Nous reviendrons amplement sur cette idée lors de notre étude des possibilités pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement du garant.

(510) Nous avons à plusieurs reprises sévèrement critiqué la conception indemnitaire du contrat de garantie "automatique", *supra* n°148 et n°228. Cette conception indemnitaire est bien souvent présente dans la doctrine française.

"Le souci dominant du client-et l'économie du contrat comme celle de la garantie bancaire de bonne fin demandée (511) en témoigne - est avant tout d'obtenir le résultat économique recherché."

La fonction de la garantie "automatique" est donc de garantir, en toute hypothèse, un résultat (511 bis) sans que le bénéficiaire ait un quelconque devoir de preuve quant à "l'imputation de la cause de l'inexécution de l'obligation de résultat (512) ni même quant à la non arrivée effective du résultat (513).

En d'autres termes, le garant prend en charge tous les risques liés à la prestation attendue par le bénéficiaire et ne réduit pas son engagement à la seule prise en charge du risque d'incapacité dans le chef du donneur d'ordre, à exécuter son obligation (514).

Négativement, cela signifie que conformément à l'esprit du contrat commercial de base, le garant ne pourra se référer en aucune manière, aux causes habituelles d'exonération de l'obligation du donneur d'ordre : force majeure, faute d'un tiers (par exemple, d'un sous-traitant), fait du prince étranger, faute du bénéficiaire. Il souscrit à l'ensemble des risques catastrophiques et politiques, dans la mesure permise par la loi de son contrat. Il ne peut se prévaloir du défaut ou de l'insuffisance de preuve dans le chef du bénéficiaire. Il a pris le risque d'un paiement "à première demande".

(511) On peut étendre ce raisonnement à propos de la garantie d'exécution, à la garantie de remboursement d'acompte où le résultat attendu est le même. Dans le cas d'une garantie de retenue de garantie, le résultat est la maintenance après réception provisoire. Dans le cas de la garantie de soumission, le résultat est la signature du contrat si la soumission est choisie comme conforme à l'offre.

(511 bis) Le bénéficiaire, en effet, soit se servira de la garantie "automatique" comme moyen de pression envers le donneur d'ordre, pour l'obliger à prester le résultat attendu de lui ; soit, lorsque cette pression est inefficace ou inutile, il appellera la garantie afin d'obtenir les moyens financiers pour obtenir le résultat en faisant appel à un nouveau contractant.

(512) Costet L., op. cité. L'auteur insiste sur ce point. Il s'explique par la complexité des opérations garanties, cas de l'ensemblier ayant la responsabilité globale de prestations aussi variées que celle de former du personnel, de livrer des marchandises, de construire des bâtiments, d'accorder certaines licences, etc...

(513) Ce point est important pour le bénéficiaire bien souvent en position d'infériorité technologique par rapport à l'ensemblier.

(514) Ce qui serait le cas si la sûreté personnelle délivrée était un cautionnement.

3° affirmation : La cause d'une convention de garantie automatique est la présence effective reconnue de la fonction économique et sociale propre au type contractuel : "garantie automatique"

290. L'approche que nous venons de faire de la cause formelle du type "garantie automatique" permet de donner la définition de la cause d'une convention concrète de "garantie automatique". La cause de ce contrat consistera précisément dans la présence reconnue dans la volonté des parties contractantes (le donneur d'ordre et le bénéficiaire) de la fonction économique et sociale propre à ce type contractuel. Cette présence renvoie à l'existence d'une prestation comme cause "catégorique" selon l'expression de Boyer, c'est à dire comme condition nécessaire à la réalisation de la fonction contractuelle. (515)

Cette définition de la cause d'une convention concrète de garantie "automatique" précise celle retenue par Portale (516) et par la doctrine française (517) doctrine, qui confondait cause et cause "catégorique" sans s'apercevoir que cette dernière est une conséquence exigée par la première.

Elle ne réduit pas non plus la cause à la cause formelle. La cause d'une convention concrète n'est pas la fonction économique et sociale (518) d'un type contractuel fonction, qui existerait en soi, elle est le "sens interne" de cette convention.

La découverte de la présence du type "garantie automatique" et l'exclusion de la présence d'autres types de sûreté personnelle est bien évidemment un moment essentiel et indispensable lors de l'examen par l'arbitre ou le juge d'une convention concrète de garantie bancaire.

(515) Cette définition de la convention de garantie "automatique" est la stricte application de la définition de la cause que nous avons adopté lors de notre mémoire. Apport de la théorie aristotélicienne de la causalité à la notion de cause du contrat, Mémoire, Louvain, n°140.

(516) *supra* n°233.

(517) *supra* n°275. A remarquer les précisions déjà données par Villerey (n°276)

(518) A cet égard, la définition classique de la cause en droit italien et en droit germanique (*supra* n°66)

L'arbitre ou le juge qualifie la convention concrète suivant le domaine des risques pris en charge par le garant (519). Ainsi la garantie "automatique" se distingue de la garantie "documentaire" et du cautionnement par la prise en charge de risques plus étendus et plus nombreux. Rappelons, en effet, qu'il n'y a pas rupture entre les diverses formes de sûretés personnelles mais bien continuité et que, dès lors, la question de la qualification est délicate (520).

Cette première conséquence de la cause de la garantie "automatique" en appelle d'autres ainsi la validité de la garantie "automatique" et son degré d'abstraction peuvent s'expliquer par la cause.

- (519) Nous avons déjà établi ce principe lors de notre étude de la jurisprudence de certains pays de tendance dichotomique, ainsi supra n°151 et 152 ; n°166.
- (520) Sur la condamnation de l'approche dichotomique, nos conclusions, supra n°196. Cfr sur la typologie des différentes formes de garanties bancaires, notre rapport, *Définition et pratique de la garantie bancaire en Europe*, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.

2. La validité de la garantie "automatique" comme type de sûreté personnelle sui-generis.

1° affirmation : Le fait que la garantie "automatique" soit causée permet d'écarter toute une série d'arguments d'ordre juridique.

291. Nous n'insisterons pas sur ce premier point. Nous avons longuement souligné les doutes et incertitudes que la doctrine française et certaine doctrine belge opposent à une reconnaissance du pouvoir créateur de l'acte unilatéral et de l'acte abstrait (520 bis).

Notre critique de la thèse de la garantie automatique, acte unilatéral abstrait (521) et notre plaidoyer en faveur de celle du contrat causal (522) permettent dès lors d'écarter ces deux arguments qui, a priori, auraient pu interdire ou du moins remettre en question l'application de l'article 1134 (523).

2° affirmation : La cause formelle de la garantie automatique est profondément originale, elle exclut toute possibilité d'enfermer ce nouveau type dans un cadre défini a priori.

292. La première tendance naturelle des juristes devant une institution juridique nouvelle qu'ils cherchent à valider est d'affirmer sa nature analogue ou équivalente à une institution plus ancienne déjà reconnue par le droit.

(520 bis) A propos des réticences vis à vis de l'acte unilatéral, les commentaires de Coipel repris supra n°255 et s. A propos des difficultés de concilier l'article 1134 et l'acte abstrait sui generis, supra n°258, nos remarques et n°278, celles de la doctrine française.

(521) Pour la critique de l'acte unilatéral supra n° 256 et 257, pour celle de l'acte abstrait, supra n°260 à 271.

(522) Cfr. notre approbation de la doctrine française n°272 et s.

(523) Sur ce point, nos développements in Pouillet-Bellis, *Emergence de la garantie automatique*. Brève réflexion sur sa nature juridique, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.

A propos de la garantie "automatique", les auteurs ont songé notamment à l'assurance-crédit, à la délégation-paiement, au crédit documentaire et à l'aval.

(524) La considération de la fonction propre à la garantie "automatique" exclut ces diverses tentatives (525).

La notion de risque au centre de la garantie explique bien évidemment l'analogie avec le contrat d'assurance-crédit (526). A l'objection, selon laquelle les contrats d'assurance-crédit se limitent le plus souvent aux seuls risques obligationnels (527), on peut ajouter celle plus dirimante selon laquelle la garantie "automatique", en tant que sûreté personnelle, n'envisage pas les risques de l'opération d'autrui à titre principal (528). Il n'est toutefois pas exclu que certaines garanties ou "cautionnements" délivrés par les compagnies d'assurance dans le commerce international puissent effectivement être analysés comme des garanties "automatiques" (529).

L'analogie du crédit documentaire, forme particulière de délégation paiement et de la garantie "automatique", s'explique aisément. N'apparaissent-ils pas comme complémentaires (530) dans la plupart des opérations du commerce

- (524) *Velu (Les garanties bancaires dans le contrat international - Rapport belge, op. cité) étudie, en outre, le cautionnement, la solidarité, la promesse de porte fort et le constitut de la dette d'autrui (et non le constitut possesseur).*
- (525) *Nous ne faisons que résumer l'article; Emergence de la garantie automatique. Brève réflexion sur sa nature juridique, déjà cité.*
- (526) *Sur cette comparaison, outre les auteurs déjà cité, Van Lier (op. cité, 349), Eisemann (Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arb., 384) et Dubisson (DPCI, 1977, 439). Ces deux derniers auteurs qualifient même la garantie de variante de l'assurance crédit.*
- (527) *C'est à cette objection que Velu et Van Lier se limitent. Remarquons que certains contrats d'assurance crédit souscrivent des risques plus étendus que les seuls risques obligationnels (supra n°32)*
- (528) *Sur cette distinction, supra n°39 et s.*
- (529) *Sur cette réalité, supra n°50*
- (530) *Notre rapport (Définition et pratique des garanties en Europe, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981) insistait sur cette complémentarité.*

international et les risques couverts par ces deux techniques bancaires destinées à appuyer des opérations du commerce international ne sont-ils pas, mises à part quelques différences, les mêmes ? (531).

Cependant, la doctrine, de façon unanime, souligne les fonctions différentes des deux institutions, le banquier, apêriteur ou confirmateur d'un crédit documentaire irrévocable se substitue au donneur pour le paiement de la prestation de ce dernier... son engagement est principal. Le garant même "automatique" n'intervient qu'à titre exceptionnel.. son engagement est subsidiaire (532).

L'analogie avec l'aval, parfois défendue (533) ne se heurte pas à la même objection fondamentale. Dans les deux cas, il y a sûreté personnelle. Cependant, elle apparaît à l'analyse peu convaincante.

(531) Cette remarque sera à l'origine de la démonstration de la troisième affirmation.

Noter cependant dès à présent : "ce qui paraît, par contre, différencier fondamentalement le crédit documentaire irrévocable de la garantie sur première demande, c'est le caractère essentiellement documentaire du premier : l'exécution de l'engagement du garant y est subordonnée 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. cité, Comp. Van Lier H., op. cité, 354)

(532) A noter l'attendu du tribunal de commerce de Bruxelles du 21 novembre 1979 (Jur. comm. Belg., 1980, I, 41 et s) qui rejoint un enseignement constant de la doctrine germanique : "(Le crédit documentaire) assure au vendeur le paiement du prix tandis que la garantie bancaire garantit à l'acheteur qu'il sera indemnisé." (Cfr. aussi, l'évolution de la doctrine et jurisprudence américaine reprise supra n°206)

(533) Sur cette comparaison, outre les divers écrits de Van Rijn et Heenen, Velu et Van Lier.

L'aval sert de garantie à un moyen de paiement aisément circulable (534) : la lettre de change ou le chèque. A l'inverse, le bénéfice de la garantie est en principe intransmissible. Cette simple réflexion explique que les règles propres à l'aval ne peuvent être transposées aux garanties "automatiques" bancaires. Ainsi, en particulier, - un arrêt américain (535) le notait déjà - la notion de mauvaise foi relative à l'aval ne peut se concevoir qu'au moment de l'adhésion du porteur au titre. La mauvaise foi "évidente" du bénéficiaire de la garantie contractuelle se rapporte le plus souvent à un comportement de ce dernier lors de l'appel à la garantie et non lors de la naissance du contrat.

Ainsi, la garantie "automatique" ne peut être rangée sous une catégorie juridique préexistante et représente un type "sui generis" dont la validité est précisément à démontrer.

(534) Dans le même sens, Velu S., op. cité : "la lettre de garantie quant à elle n'est pas destinée à circuler. Elle n'est pour le bénéficiaire, ni un instrument de paiement, ni un instrument de crédit."

(535) *United Technologies Corp. v. Citybank N.A.*, 469 F. Supp. 473 (1979).

3° affirmation : la cause formelle de la garantie "automatique" est licite.

293. L'article 1134 prévoit que "seules les conventions légalement formées ont force de loi entre parties".

La signification de cet article qui consacre le principe de liberté contractuelle est triple, selon De Page (536). L'article 1134 affirme

- 1° le principe de la liberté de contenu du contrat sous réserve des exceptions d'ordre public et de bonnes moeurs
- 2° le principe de la convention-loi selon lequel le juge et les parties sont tenus par la convention signée par ces derniers
- 3° le principe du consensualisme suivant lequel aucun formalisme n'est requis pour la rédaction du contrat.

Les deux derniers principes supposent évidemment résolue la question de la validité de la structure mise en place par les parties. Les parties peuvent aménager à leur gré l'équilibre de leurs intérêts à condition que la structure mise en place ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs (537). Ainsi, pendant de nombreuses années, la convention de courtage matrimonial (538) fut jugée illicite suivant ce principe.

La question de la validité de la garantie "automatique" se pose en termes semblables. Il s'agit de savoir si la structure d'intérêts mise en place est licite, en d'autres termes, si la cause formelle de ce type contractuel n'est pas contraire à l'ordre public.

(536) A cet égard, nous suivrons principalement les remarquables développements de De Page, *Considérations sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle*, Bull. de l'Académie - Classes de Lettres et des Sc. morales et politiques, T XXXVI, 1950, 574, reprises en partie in *Droit civil*, T. III, 1° ; Cfr aussi nos réflexions dans le mémoire déjà cité, n°75 et s.

(537) "En d'autres termes les parties contractantes font librement et sans que la loi intervienne, les conventions qu'elles veulent. Elles ne sont liées par les règles du code, ni quant aux genres de contrat, ni quant aux règles propres à chaque contrat particulier. Elles arrêtent elle-même la structure interne ou leur engagement ; elles en règlent souverainement la matière et l'équilibre, quant aux prestations et contreprestations qui détermineront la mesure dans laquelle l'échange de richesses s'effectuera. En un mot, elles créent elles-même leur régime contractuel et elles le créent comme elles l'entendent comme leurs intérêts l'exigent...Au principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, il n'y a que deux exceptions - ou plutôt deux limitations : l'ordre public et les bonnes moeurs." (De Page H., op. cité, 575)

(538) *Actuellement, un tel type est accepté, cfr Cass. 27 déc. 1944, D.C., 1945, 121 ; S. 1945, 1, 32 et Maury J., v° cause, Dalloz, Rep. de. civ., 1971, n°165.*

La même question de la "cause formelle" illicite s'est posée pour les contrats de change (Brux. 10 juill. 1957, J.T., 1958, 21 et Maury J., v° cause, n°203).

Dans ces deux cas, il est important de remarquer que ce n'est pas le motif, la cause finale de la convention qui est tenue pour illicite mais sa structure "abstraite" en tant que telle. C'est pourquoi il est évident que de tels cas sont rares.

On connaît les griefs adressés par de nombreux auteurs à la validité de la garantie "automatique" ne livre-t-elle pas, dans un premier temps du moins (539), le donneur d'ordre au pouvoir quasi discrétionnaire du bénéficiaire ? Certes, il lui reste la possibilité de se retourner par la suite contre le bénéficiaire et de faire la preuve d'une parfaite exécution des obligations contractuelles (540) mais ce recours peut, dans le commerce international, ne pas être facile (541)

Cette considération a amené la recherche d'autres solutions. Certains types de garanties ont parfois été préférés (542). Elles cherchent à mieux préserver les intérêts du donneur d'ordre tout en maintenant une certaine "liquidité" de la garantie (543) qui est la préoccupation fondamentale du bénéficiaire. On songe en particulier aux garanties "documentaires" au sens étroit du terme (544) et aux garanties prévoyant le paiement sur base d'une sorte de référé arbitral (545). Cette préférence doit-elle pour autant nous amener à exclure les garanties "automatiques" et les déclarer illicites ?

- (539) *Ceci même si on admet que le paiement du garant est un paiement sous réserve que le bénéficiaire ne soit pas condamné par la suite sur base du rapport commercial et équivaut alors au cautionnement avec clause solve e repete.*
- (540) *Ce qui ne sera pas simple dans la plupart des cas étant donnée la complexité des opérations commerciales "clé en mains", "produits en mains".*
- (541) *C'est précisément étant les difficultés d'un recours juridictionnel dans le commerce international que le bénéficiaire a réclamé la délivrance d'une garantie "automatique".*
- (542) *du moins lorsque le donneur d'ordre est en mesure de les imposer, ce qui est rarement le cas lorsque le partenaire est un organisme étatique ou paraétatique.*
- (543) *C'est à dire de la possibilité de disposer rapidement du montant de la garantie auprès d'un tiers indépendant, assureur ou banquier*
- (544) *garanties payables sur base de la remise d'un "document", c'est à dire d'un écrit qui atteste de la vraisemblance de l'inexécution de la prestation. Sur cette notion de garantie "documentaire" et la difficulté de trouver des documents en matière de garantie, notre rapport. Définition et pratique des garanties en Europe Occidentale, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981.*
- (545) *Sur le référé arbitral comme solution équilibrée, les travaux du 4e congrès de l'arbitrage, Arbitrage et garanties contractuelles, Moscou, octobre 1972, en particulier les rapports de MM. Eisemann et Matray.*

294. Les règles uniformes de la CCI pour les garanties contractuelles (546) condamnent en termes à peine voilés leur pratique : "En établissant ces Règles, on a pris soin de préserver la plus grande souplesse possible dans la mesure où elle était conciliable avec l'observation des principes précités (547). Par ailleurs, on a été soucieux, en posant le principe de la nécessité de justifier toute demande de réalisation de garantie, de moraliser la pratique des garanties. On espère ainsi permettre au commerce international de se développer dans une atmosphère de confiance.

C'est pourquoi, il n'a pas été estimé souhaitable d'inclure des règles spéciales applicables aux garanties dites sur simple ou à première demande, en vertu desquelles les demandes sont à satisfaire sans présentation d'une preuve de leur bien fondé." (548).

(546) CCI, 20 juin 1978, Publication n°325.

(547) "assurer une uniformité de la pratique fondée sur un juste équilibre des intérêts des parties concernées tout en observant le but commercial de la garantie, c'est à dire assurer la disponibilité de fonds auprès d'un tiers indépendant dans le cas où un bénéficiaire aurait une revendication justifiée contre le donneur d'ordre."

(548) CCI, Introduction, 8 et 9 ; Comp. CNUDCI, Lettres de crédit Stand-by, A/CN.9/163, 8 mai 1979, N°12, note 15.

Le projet CEE déjà mentionné supra n°147 se montre par contre favorable à la garantie "automatique" : "Les exceptions et les dépenses que le tiers peut faire valoir à l'encontre du garanti, notamment en ce qui concerne l'existence, la validité ou le montant de l'obligation garantie, ne peuvent pas être invoquées par le garant contre le garanti. Les législations nationales précisent si, et dans quelle mesure, le garant peut se soustraire à la prestation lorsque l'obligation garantie est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs." (art. 9, al. 3)

L'article 9 traduit cette préoccupation. Toute demande d'une garantie qu'elle soit de soumission, de remboursement d'acomptes ou de bonne exécution doit être accompagnée d'une justification. (549)

Certes, depuis, les travaux de la CCI ont repris le sujet précis de la garantie "automatique" (550). Leur décision originale méritait cependant d'être notée. Elle correspond à un mouvement jurisprudentiel français et belge peu favorable à ce type de garantie (551) et à l'opinion de nombreux exportateurs (552). Ainsi, la licéité de la garantie "automatique" ne va pas de soi.

(549) *"Si la garantie ne spécifie pas la documentation à produire à l'appui de la demande ou indique seulement que le bénéficiaire devra présenter une déclaration faisant état de sa demande le bénéficiaire devra fournir :*

a. ...

b. dans le cas d'une garantie de bonne exécution ou d'une garantie de remboursement, soit une décision judiciaire ou une sentence arbitrale justifiant la demande, soit l'approbation écrite du donneur d'ordre concernant la demande et son montant."

(Cfr. en outre, le commentaire de cet article 9 et les contrats de garantie type soumis aux Règles uniformes pour les "garanties contractuelles" de la CCI (Publication CCI, n°325, repris in dossier de documentation, colloque de Tours))

(550) *La commission CCI : "Technique et pratiques bancaires" cherche en effet à mettre au point un texte sur les garanties "à première demande".*

(551) *Nous nous référons ici aux deux décisions étudiées supra n°239 mais aussi à celle du tribunal de commerce de Bruxelles du 21 novembre 1979, Jur. comm. Belg., 1980, I, 41 et s. : "Si l'on ne peut suivre la défenderesse qui avance assez témérairement, semble-t-il, que l'obligation du banquier a un caractère abstrait emprunté à l'obligation cambiaire, on peut par contre parfaitement s'accorder avec M. Matray selon qui, en égard aux conditions dans lesquelles elle est d'ordinaire fournie, la garantie devient documentaire."*

(552) *En ce sens, outre les réflexions de Dubisson (Les garanties bancaires - Les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981), l'intervention de M. Hubert dont publication in DPCI, 1981.*

295. Il s'agit de savoir si la délivrance d'une garantie "automatique" correspond effectivement à la protection d'intérêts légitimes. Certes, nous manquent une étude économique globale de l'opération du commerce international (553) et, par là, la vérification des arguments invoqués de part et d'autre. En l'absence de cette étude, nous croyons cependant devoir proposer les réflexions suivantes.

Le cas des garanties "automatiques" délivrées en faveur d'administrations étatiques ou paraétatiques nationales ou étrangères est simple. La délivrance des garanties "automatiques" en leur faveur correspond nettement au privilège du préalable de ces administrations. Le privilège de saisie d'office de la garantie qu'elle soit constituée sous forme de sûreté réelle ou personnelle (historiquement rappelons-le (554), les sûretés personnelles ("cautionnement") ont progressivement remplacé les sûretés réelles, dépôts en numéraire ou en titres ("cautionnements") faits auprès des administrations) s'explique par le principe "solve e repete" applicable dans nombre de relations avec l'autorité étatique. Nos propres législations nationales sur les marchés publics, (555) traduisent ce besoin légitime des administrations publiques et la plupart des "cautionnements" réglementaires (556) en faveur de nos administrations contiennent la clause "à première demande", "sans pouvoir opposer une exception quelconque". Au delà de cette hypothèse la plus fréquente (557), la délivrance d'une garantie "automatique" se justifie-t-elle ? Nous avons noté - et la théorie de la cause y contribuait - que la délivrance d'une garantie automatique correspondait à une modification de l'équilibre naturel des intérêts "importateur-exportateur" (558). Cette modification est-elle légitime ?

(553) *Les études réservées aux opérations du commerce international ne soulèvent malheureusement pas la question de l'impact des techniques bancaires sur les prestations de chaque partie.*

(554) *Nous avons souvent noté ce fait historique, ainsi supra n°50.*

(555) *Nous renvoyons sur ce point aux nombreuses références reprises dans notre article, Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Assur., n°3 et s.*

(556) *A cet égard, les références citées dans l'article repris note 114 et l'analyse de l'ambiguïté de certains de ces "cautionnements administratifs. A cet égard, le texte du cautionnement OCCI repris en annexe de notre article (DPCI, 1979, 452) comme exemple de clauses ambiguës*

(557) *Les travaux de la CCI et de la CNUDI établissent en fait que ce sont les organismes publics qui réclament le plus volontiers des garanties "à première demande"*

(558) *Sur ce point, supra n°277.*

On invoquera à cet égard différents arguments - cette modification provoquée par la délivrance d'une garantie répond et en quelque sorte rééquilibre la modification, en sens inverse, provoquée par la mise en place de techniques de paiement particulièrement contraignants qui mettent à la charge de l'importateur cette fois certains risques "anormaux" (559) liés à la prestation de l'exportateur. Les garanties "automatiques" exigées par les importateurs constituent indéniablement "une réplique à la rigueur dont témoignent depuis longtemps à leur égard les vendeurs (clause "Isabel" ; lettre de change irrévocable)".(560)

Ce rééquilibrage est particulièrement nécessaire. En effet, note Koppelmanas :

(559) pour reprendre l'expression de la doctrine et jurisprudence allemande (supra n°166, 170, 223) reprise parfois par les assureurs (supra n°32)

(560) Gavalda et Stoufflet, *La lettre de garantie internationale*, RTD comm., 2. A propos de la clause "Isabel" noter leurs commentaires :

"La clause dite "Isabel" (du prénom d'une coopérante cubaine qui, pour la première fois, a fait admettre par l'acheteur cubain l'insertion dans un contrat d'équipement des dispositions correspondantes) destinée à faciliter le financement des créances à moyen et 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 débiteur 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."

"Les intérêts des constructeurs d'installations industrielles, qui peuvent être affectés par le système de garantie inconditionnelle, sont de nature purement financière et ne portent en fait, dans la plupart des cas, 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 la première demande, peut entraîner un retard considérable dans l'édification de l'ensemble industriel qui constitue le but essentiel de l'opération." (561)

En d'autres termes, pour reprendre l'expression de Costet : "le souci dominant du client et l'économie du contrat, comme celle de la garantie bancaire de bonne fin demandée en témoignent - est avant tout d'obtenir le résultat économique recherché, et la crainte du client est de conserver un complexe industriel inefficace, après le départ du chantier du personnel de l'ensemblier." (562)

296. Ces deux premières réflexions doivent être complétées par une analyse des différents risques dont la fonction économique de la garantie "automatique" exige la prise en charge par le garant, et de là par le donneur d'ordre. Chacun de ces risques, peut , on le constatera, être légitimement pris en charge par le garant.

1°) le garant - et on peut ajouter tout garant - prend en charge les risques de non recouvrement auprès de son donneur d'ordre des sommes déboursées, peu importe la cause de ce non remboursement (563). Toute sûreté personnelle, de par son économie même, couvre ce risque.

(561) Kopelmanas L., *Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution des contrats internationaux de fournitures d'installations industrielles complètes*. Mélanges J. Barmann, 1975, 555.

(562) Costet L., *op. cité*.

(563) Même lorsque la cause du non remboursement est due à une décision légale (refus d'exportation de devises).

2°) le garant "automatique" ôte au bénéficiaire les risques obligationnels liés à la prestation du donneur d'ordre. En cela, il ne se distingue pas du cautionnement qui prend de même en charge les risques d'incapacité de paiement et de refus injustifié de paiement du donneur d'ordre (564).

3°) Outre les risques déjà pris en charge dans le cautionnement, le garant "automatique" couvre le risque de mauvaise foi du donneur d'ordre qui, dans le cas du cautionnement, peut toujours prétendre avoir parfaitement rempli ses obligations. Or, la preuve contraire si elle est difficile en cas de prestations complexes (constructions d'usines clé sur porte, etc.) est rendue plus difficile encore dans le commerce international où les difficultés juridiques s'ajoutent à celles de fond.

Les divers ordres juridiques ont dès lors reconnu la prise en charge de ce risque dans les opérations du commerce international : le crédit documentaire ne couvre-t-il pas en effet le même risque ? (565)

(564) les "Zahlungsunfähigkeit" et "Zahlungsunwilligkeit" du droit allemand, *supra* n°166 et 170.

(565) A cet égard, not la remarquable analyse de Heenen, le crédit irrévocable, *Rev. de la Banque*, 1952, 453 :

"Sans doute, si l'acheteur n'est pas un insolvable s'il est seulement de mauvaise foi, le vendeur, au lieu d'opter pour la résolution de la vente, va l'assigner en paiement du prix. Mais la perspective de soutenir un long procès, dans un pays lointain, dont la législation peut réserver de désagréables surprises, dont la magistrature à quelquefois tendance à favoriser ses nationaux, est peu engageante. Et si le procès est finalement gagné, il restera à faire exécuter la condamnation prononcée, ce qui peut aussi réserver de désagréables surprises..

En toutes hypothèses, pendant des années, le vendeur aura subi une lourde perte.

En résumé, l'exportateur court deux risques : le risque d'insolvabilité de l'acheteur : le risque de mauvaise foi de l'acheteur. Deux risques : la remarque est importante ainsi que nous le verrons.

Le crédit irrévocable tend à mettre le vendeur à l'abri de ces deux risques."

4°) Que le bénéficiaire tienne légitimement à se protéger en outre contre les risques d'évènements catastrophiques et politiques (embargo, interdiction d'importation, guerre, etc.) qui perturberaient le déroulement de l'opération économique international, peut s'expliquer de même par le précédent du crédit documentaire. (566)

5°) Mais, dira t'on, la garantie "automatique", outre les risques déjà couverts par d'autres institutions reconnues, ne contient pas la protection minimale des intérêts de l'exportateur que constituent dans le crédit documentaire les documents. En effet, la présence de documents, c'est à dire de titres qui établissent, *prima facie*, le bien fondé de la demande de celui qui les présente, protègent le donneur d'ordre contre des abus possibles du bénéficiaire.

Cette précaution n'existe pas dans le cas de garantie "automatique". Celle-ci couvre le risque d'une non justification apparente de l'appel à la garantie (567) La couverture de ce risque supplémentaire s'explique par diverses considérations :

- la difficulté de trouver a priori des documents établissant non point un fait positif mais un fait négatif (telle usine n'a pas la capacité de production prévue) (568).
- le déséquilibre dans la compétence technique ou technologique des deux partenaires. L'importateur aurait souvent quelque difficulté à démontrer le défaut du résultat. Comment prouvera-t-il le défaut de compétence du personnel qui devait être formé ? Costet (569) insiste longuement sur cette réalité économique propre à la plupart des contrats passés avec des pays en voie de développement et qui lui semble justifier la prise en charge du risque susdit.

L'examen du "domaine des risques" (570) couverts par la garantie automatique nous fait conclure à la licéité de ce type de sûreté personnelle.

(566) *Cfr sur ce point, l'introduction de Stoufflet, Le crédit documentaire, Thèse, 1957, N°7 et s.*

(567) *Ceci justifiera, nous le verrons le fait que le donneur d'ordre prouvera plus facilement la fraude "évidente" du bénéficiaire, dans la mesure où son affirmation ne se heurte pas à une vraisemblance du bien fondé de l'appel à la garantie (infra n°315)*

(568) *Sur cette remarque importante, notre rapport au colloque de Tours, op. cité, N°37.*

(569) *Costet L., op. cité.*

(570) *"Gefahrenkreis"... c'est volontairement que nous reprenons cette expression. Elle souligne la continuité qui existe entre les différentes sortes de sûretés personnelles.*

3. Les limites à l'abstraction de la garantie "automatique" et l'obligation pour le donneur d'ordre de refuser le paiement.

a. Les limites de l'abstraction fondées sur la cause matérielle.

297. Nous avons déjà noté que la cause de la garantie "automatique" exigeait la présence comme cause matérielle, d'un marché ou plus précisément d'une prestation relative à un stade de l'opération (571) .

On peut tirer de cette affirmation, certaines conséquences :

- 1°) il y a absence de cause, en cas d'inexistence de tout marché. Nous ne reviendrons pas cette affirmation longuement développée (572) . Dans le cas d'opération simulée le bénéficiaire n'a aucun droit au paiement.
- 2°) il y a erreur sur la cause, lorsque le garant s'est trompé sur le contenu du marché garanti. Remarquons que la possibilité pour le garant d'invoquer l'erreur sur la cause est réduite. En effet, les conditions à la prise en considération de l'erreur (573) seront difficilement remplies. L'erreur du garant, en la circonstance le banquier, est difficilement excusable (574) et la preuve du caractère déterminant et commun (575) de l'erreur sera, en tout hypothèse, difficilement acceptée par le tribunal.

(571) *supra* n°287, notre double précision par rapport à la définition de la cause en France.

(572) *supra* n°282 et nos références à les affirmations équivalentes en droit allemand à propos du crédit documentaire (Borggreffe, *Addreditiv und Grundverhältnis*, Thèse, Köln, 1971, 38 ; Wessely W., *Die Unahangigkeit der Akkreditivverpflichtung*, Thèse, Köln, 1975, 68 ; Zahn J., *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, Berlin, 1976, 141.

(573) Sur ces conditions, notre étude la jurisprudence française relative au cautionnement, *supra* n°80.

(574) En principe, ne connaît-il et ne doit-il pas connaître les opérations traitées par son client ?

(575) 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. Remarquons d'autre part que le garant ne pourra invoquer le dol que s'il peut prouver la complicité du bénéficiaire aux manoeuvres du donneur d'ordre.

- 3°) lors de l'appel à la garantie, la demande du bénéficiaire est non causée si elle s'appuie sur l'existence d'un autre marché ou concerne une prestation non couverte par la garantie. Le cas jugé par la cour d'appel de Paris le 14 novembre 1978 et rappelé à plusieurs reprises concernait la première hypothèse (576). Conformément à notre seconde affirmation, il nous apparaît que l'appel à une garantie de soumission après la conclusion du contrat et pendant l'exécution du marché et évidemment non fondé (577).
- 4°) la garantie "automatique" prend en charge l'ensemble des risques liés à la prestation dans les limites de l'ordre public international et de la loi auquel elle est soumise. Ainsi, certaines causes d'illicéité touchant à la prestation garantie justifient l'absence de tout droit au paiement du bénéficiaire (578)

Dans toutes ces hypothèses, nous affirmons que le bénéficiaire de la garantie n'a pas droit au paiement et, dès lors, tout paiement par la banque justifierait, de sa part, un recours a posteriori contre le bénéficiaire, recours fondé bien évidemment sur la notion d'enrichissement sans cause. (579)

(576) *supra* n°248 (l'étude de la décision) et n°282 (l'application de la théorie de la cause)

(577) La fonction de la garantie de soumission n'est pas de couvrir l'exécution du marché. Notre affirmation pourrait être étendue à d'autres hypothèses. La garantie de remboursement d'acompte et d'exécution ne doit pouvoir être appelée après la réception provisoire lorsqu'il existe une garantie de retenue de garantie. Notons cependant une décision française de la cour d'appel de Paris du 5 juillet 1979 (D. 1980, J., 243, note H. Souleau) qui, au nom de la fonction de la garantie de retenue (de garantie), justifie le droit au paiement du bénéficiaire alors que les travaux ont été interrompus bien avant qu'il y ait réception des travaux. Il s'agissait en l'occurrence d'une garantie réglementaire exigée par la loi en faveur du maître d'oeuvre. Cette garantie, il faut le noter, est la seule garantie prévue pour l'ensemble de la réalisation du marché et cette constatation justifie à notre avis la décision. Une telle garantie avait un effet une fonction bien plus large qu'une simple couverture des vices qui révèlent après réception provisoire.

(578) *supra* N°284, notre étude de cette question.

(579) Il ne s'agit pas d'affirmer un droit de recours du garant chaque fois qu'il y a eu bonne exécution par le donneur d'ordre de l'ensemble de ses obligations comme l'affirme par exemple Velu.

La doctrine française relative au crédit documentaire se prononce dans le même sens, à cet égard lire les développements d'Epschtein et Bontoux in *Sécurité et précarités du crédit documentaire*, Paris, 1968, 189 ; Stoufflet J., *Le crédit documentaire*, Thèse, Paris 1957, 364 (critiquant un arrêt de la cour de Cassation du 3 juin 1957)

Cfr. aussi la doctrine germanique unanime, not. Pleyer K., *op. cité*, 18 ; Auhagen U., *op. cité*, 58 et 77 ; Schirmerer E., *Bankverträge*, T. II, 248, "Le paiement du banquier n'est cependant en aucune manière un paiement sous réserves." (Lieseke W., *Rechtsfragen der Bankgarantie*, W.M., 1968, 27)

Notons enfin, que nonobstant ce droit de recours contre le bénéficiaire le garant dispose de toute façon d'un droit de recours contre le donneur d'ordre (sauf les cas visés au point b. où sa responsabilité envers le donneur d'ordre est engagé.).

Ceci dit, lors de l'appel à la garantie, "automatique" et du fait même du caractère inconditionnel à la garantie, le garant ignore le plus souvent l'absence dans le chef du bénéficiaire de tout droit au paiement ou, du moins, n'en possède aucune certitude (580) ! Est-il fondé cependant à refuser le paiement et peut-il être tenu responsable envers son client en cas de paiement non causé ?

Il nous apparaît que non. Le principe de l'exécution de bonne foi en même temps qu'elle justifie notre réponse négative, indique les rares hypothèses où le garant refusera le paiement de la garantie "automatique" à juste titre.

- b. le droit et l'obligation du garant "automatique" de refuser le paiement : le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, nouvelles limites, à l'abstraction de la garantie.

298. L'article 1134 alinéa 3 énonce : "les conventions doivent être exécutées de bonne foi" (581) . L'article 1134 alinéa 3 condamne tout acte qui irait à l'encontre du "sens et du but" de la convention (582). Par la convention, les parties mettent en place une structure d'action par laquelle ils entendent que se réalisent leurs projets (583). Ils sont dès lors tenus lors de l'exécution de leur contrat de respecter cette structure, cet équilibre convenu d'intérêts et s'interdisent tout "venire contra factum proprium" (584)

- (581) *Ce principe de l'exécution de bonne foi des conventions nous semble être un principe général et universel de droit.*
- (582) *Le lien avec la notion de cause est évident. A ce propos, notre mémoire, Apport de la théorie aristotélicienne, op. cité, n°107 et nos références aux réflexions de Cassin, Capitant et, plus près de nous, d'Hébraud et d'Hauser.*
- (583) *Cfr à cet égard, la déclaration de Martin de la Moutte (L'acte juridique unilatéral, Thèse, Paris, 1951, N°33, 42) : "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 du mieux possible en une sorte de compromis. La convention exprime toujours la conciliation d'intérêts juridiques, contradictoires."*
- (584) *"La notion de bonne foi suppose un comportement loyal et honnête qui implique des devoirs de collaboration et de solidarité et d'égard aux intérêts d'autrui, devoir dont l'inobservance est sanctionnée... l'abus de droit existera chaque fois que l'une des parties manque à son devoir de collaboration, de solidarité, qui oblige chacune d'elle à faciliter à alléger l'accomplissement des engagements nés du contrat" (De Bersarques A. L'abus de droit en matière contractuelle, note sous Liège 14 fév. 1964, RCJB, 1969, 501 et s). Nous reviendrons sur ces différents points lorsque nous étudierons les conséquences du devoir de bonne foi cette fois dans l'opération commerciale donneur d'ordre-bénéficiaire (infra n°308)*

Il nous paraît que l'application de ce principe de bonne foi suffit à expliquer les limites étroites dans lesquelles le banquier peut refuser le paiement.

Le banquier a, en effet, pris le risque d'émettre une garantie parfaitement liquide et inconditionnelle. Il s'est interdit dès lors toute discussion relative au bien fondé de la demande du bénéficiaire et a même accepté de couvrir ce dernier contre les risques d'incertitude quant à la bonne exécution de la prestation par le donneur d'ordre. (585)

Le bénéficiaire, qui a réclamé la délivrance d'une garantie "automatique", doit pouvoir compter sur le respect de cet engagement. Il s'interdit, de son côté, d'en abuser.

En outre, c'est à la demande du donneur d'ordre (586) et suivant l'équilibre d'intérêts convenu entre ce dernier et le bénéficiaire, que le garant s'est engagé. Le donneur d'ordre serait, dès lors, mal venu à contester les conséquences d'un mécanisme qu'il a lui même mis en place.

La position des trois parties à l'opération de garantie précisée, quelle doit être l'attitude du banquier, lors d'un appel à la garantie ? Peut-il, ayant averti son client (587) le donneur d'ordre, se prévaloir des allégations

(585) *Sur les risques pris en charge par la garantie automatique, notre analyse, supra n°296.*

(586) *sur base le plus souvent, de l'ouverture de crédit que le banquier a consenti au donneur d'ordre.*

(587) *Nous n'étudierons pas la question de savoir dans quelle mesure, il y a obligation d'avertir le donneur d'ordre de l'appel à la garantie. A cet égard, nous apparaît devoir être suivie, la solution nuancée donnée par Simont (Questions susceptibles de se poser lors de l'appel à la garantie. Actes du colloque de Tours, Paris 1981). Cet auteur note que même s'il existe une clause autorisant à ne pas informer, la responsabilité du garant pourra être mise en cause "s'il a payé sans avertissement passant outre à une opposition à paiement qui faisait apparaître une fraude manifeste."*

La doctrine germanique se contente le plus souvent de nier l'obligation du banquier. (Lieseke W., op. cité, 28 ; Pleyer K., op. cité, 12 ; Comp. l'article 8 des règles et usances de la C.C.I.)

de ce dernier suivant lesquelles le résultat garanti est bien atteint ?

La réponse ne peut être que négative : le garant a couvert le bénéficiaire contre de tels risques d'incertitude et accepté de s'en remettre à son appréciation ! Il criait à l'encontre du "sens" du contrat s'il obligeait le bénéficiaire à démontrer la non arrivée effective du résultat (588).

Tout autre est la solution lorsque le garant sait ou doit de toute évidence savoir soit, positivement, que le résultat est atteint (589), soit, négativement, que l'inexécution de la prestation est devenue chose possible (590). De la part du bénéficiaire, il y a alors abus de droit, acte contraire au "sens" de la convention puisque le bénéficiaire entend disposer de la garantie alors même que le résultat est atteint. Il est bien évident que de tels cas exceptionnels de "fraude évidente et connue" ^{du banquier} ~~fraude~~ (591) de la part du bénéficiaire non seulement ôtent à ce dernier tout droit au paiement mais en outre, obligent le garant à refuser ce paiement (592). Ce dernier sait ou doit, de toute évidence, savoir

(588) *On retrouve l'idée jurisprudentielle souvent affirmée suivant laquelle "la banque serait en tort si elle interférait dans le droit apparent du bénéficiaire de la garantie en refusant le paiement." (Howe Richardson Scale C° Ltd v. Polimex Cekop and Nat. West. Bank Ltd, 2 Lloyd's Rep. 161.)*

(589) ... a, dans le cas d'une garantie d'exécution donnée pour une livraison de marchandises, s'il a reçu les documents de transports attestant la bonne arrivée des marchandises (ces documents de transports formant l'éventuelle condition du paiement d'un accreditif). Cfr aussi le cas d'aveu du bénéficiaire connu par le banquier.

(590) ... ainsi, si les marchandises livrées dont la qualité et le montage étaient garantis avaient une durée d'utilisation inférieure à la période au terme de laquelle le bénéficiaire a présenté sa demande.

(591) selon l'expression anglaise, *supra* n° 211.

Une remarque s'impose à ce propos. Si nous affirmons qu'il existe pour le garant une obligation à refuser le paiement de la garantie dans le cas de "fraude manifeste et connue", nous n'excluons pas pour autant que le donneur d'ordre puisse en dehors de ces cas empêcher le paiement (*infra* n° 311, notre distinction entre ces deux questions)

(592) Nous insistons, il s'agit d'affirmer non seulement le droit mais aussi le devoir du banquier de refuser le paiement (en ce sens, Pleyer K., *op. cité*, 19 ; Simont L., *op. cité*.)

que la demande du bénéficiaire excède l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention. Tout paiement de sa part constituerait alors une fraude du moins une faute lourde dont le donneur d'ordre pourrait le tenir responsable.

Plus largement, chaque fois que le garant sait ou doit de toute évidence savoir que la réclamation du bénéficiaire est non fondée, ainsi lorsque l'opération est manifestement illicite ou simulée (593), il doit refuser le paiement selon le principe de bonne foi (594).

Hormis ces cas exceptionnels (595) où la fraude du bénéficiaire lui est connue ou doit lui être connue de toute évidence, le paiement du garant constitue une exécution de bonne foi de la convention de garantie "automatique" et le donneur d'ordre ne peut lui en tenir rigueur. Sauf à agir lui-même pour empêcher le paiement comme nous le verrons par la suite (596) ce dernier doit accepter le débit de son compte.

La justesse de ces affirmations trouvent une confirmation dans la solution analogue retenue par la loi à propos de deux mécanismes de paiement tout aussi inconditionnelles, la lettre de change et le chèque : "Celui qui paie à l'échéance" édicte l'article 40 alinéa 3 de la loi cambiaire, est valablement libéré à moins " qu'il y ait eu de sa part une fraude ou une faute lourde." ; "Par le paiement du chèque, estime de son côté l'article 35 alinéa 2 de la loi sur le chèque, le tiré est valablement libéré à moins qu'il n'y ait de sa part une fraude ou une faute lourde." (597).

- (593) Nous retrouvons ici les hypothèses où la théorie de la cause dénie le droit au paiement du banquier. Remarquons que dans de tels cas, le banquier ne peut être tenu responsable du paiement malgré l'absence de droit au paiement du bénéficiaire que si cette absence est certaine (à cet égard dans le même sens les réticences de Stoufflet, reprises supra n°283)
- (594) Tous les auteurs germaniques rattachent l'exception de fraude évidente au principe de bonne foi (Treu und Glauben = § 242 BGB) "La banque, note Lieseke (op. cité, 26), est autorisée avant tout à soulever l'exception tirée du § 242 BGB lorsque sur base des documents ou par la connaissance de faits externes, elle sait que l'évènement garanti ne s'est pas produit." (dans le même sens, Canaris K.W., op. cité, Arn 522 et 524; Pleyer K., op. cité, 19 ; Schinnerer E., op. cité, T II, 3e éd., 319). Cfr aussi Portale G.B., Fideiussione e Garantievertrag, op. cité, 1022.
- (595) d'autant plus exceptionnels que la demande du garant n'est appuyée d'aucun document, ni même d'aucune déclaration et que dès lors se pose la question de savoir d'où elle pourrait tirer sa connaissance.
- (596) Cfr. infra n°310 et 311. Il n'y a pas contrairement à ce que certains auteurs estiment confusion entre les possibilités pour le donneur d'ordre, d'empêcher le paiement et le droit pour le garant de refuser le paiement.
- (597) Nous aurons l'occasion de noter l'utilisation que la doctrine germanique fait de ces deux articles (infra n°303) à propos du crédit documentaire.

C. Conclusions

299. Il nous apparaît important de distinguer nettement la question des limites à l'abstraction de la garantie "automatique" et celle de l'obligation du garant de refuser le paiement.

Il est évident que le bénéficiaire ne dispose d'aucun droit au paiement lorsque sa demande excède les limites fixées par la fonction de ce type de sûreté personnelle, ainsi lorsque le marché garanti n'existe pas ou est illicite, ainsi lorsque l'évènement contre l'arrivée duquel garantie a été souscrite ne s'est pas produit (598) . Dans toutes ces hypothèses, sa demande est abusive et sort du domaine des risques couverts par la garantie.

Le garant n'est, par contre, fondé et obligé de refuser le paiement que si cette absence de droit au paiement lui était connue. Dans tous les autres cas, même lorsqu'il n'existe aucun droit au paiement de la part du bénéficiaire, il ne peut être tenu responsable par le donneur d'ordre. Il peut dès lors se retourner valablement contre ce dernier, Au cas où le bénéficiaire a appelé abusivement la garantie, il peut se retourner en outre contre lui.

De telles conclusions, nous apparaissent pouvoir être transposées au crédit documentaire.

(598) Attention, il est bien évident que l'évènement auquel se réfère la garantie "automatique" n'est pas la bonne exécution des obligations du donneur d'ordre mais un résultat déterminé.

SECTION III. : La possibilité pour le donneur d'ordre d'empêcher le paiement de la garantie "automatique"

300. Nous venons de préciser le degré d'abstraction de la garantie "automatique" et , par là, les limites du devoir de paiement du banquier. L'intérêt de la question que sous-entend le titre de la section II est dès lors le suivant : l'étendue des possibilités laissées au donneur d'ordre pour empêcher le paiement ne remet-elle pas en question ce degré d'abstraction que nous venons de reconnaître à l'institution ? Pour être plus précis, peut-on admettre que le donneur d'ordre, par des mesures provisoires, paralyse le droit au paiement du bénéficiaire pour des raisons qui ne justifieraient pas le refus de la banque de payer ?

Certes, la reconnaissance par ce biais de véritables limites supplémentaires à l'abstraction de la garantie nous apparaît d'emblée contraire à la logique du mécanisme mis en place (599) encore faut-il que cette première intuition soit confortée par un raisonnement juridique convaincant !

La question mérite d'autant plus d'être soulevée qu'en matière de crédit documentaire, les doctrine et jurisprudence françaises suivies par la doctrine belge ont effectivement admis que par des mesures provisoires, le donneur d'ordre remette en question le degré d'abstraction du crédit documentaire.

Dans la mesure où la jurisprudence française relative à la garantie automatique semble renvoyer à cette conclusion nous proposons pour solutionner la question de suivre le plan suivant :

- dans un premier temps, nous étudierons les mesures provisoires susceptibles d'être invoquées à propos de la garantie "automatique", rappellerons les conditions de leur octroi dans les ordres étrangers et analyserons les solutions apparemment contradictoires d'une décision belge et d'une décision française ;

(599) A cet égard, l'attendu de l'arrêt de l'Oberlandsgericht de Francfort, 12 fév. 1974, W.M., 1974, 956 : "L'essence de la garantie réside en cela que le paiement doit être assuré même dans l'hypothèse d'une divergence d'opinions. Avec cette fonction est incompatible l'octroi d'une procédure unilatérale en référé "

- dans un deuxième temps, nous confronterons ces solutions à celles admises en droits français et belge à propos de deux autres mécanismes tripartites caractérisés par une abstraction analogue, lettre de change et crédit documentaire ;

- dans un troisième temps, nous dégagerons la solution applicable à la garantie "automatique". Cette solution suggérera cependant certaines réflexions à propos de l'ensemble des autres mécanismes caractérisés par l'abstraction.

§ 1. PRESENTATION DE LA QUESTION ET SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

BELGE ET FRANCAISE.

301. Théoriquement, le donneur d'ordre d'une garantie automatique peut songer empêcher le paiement de son banquier (600) par différentes "mesures provisoires". On songe bien évidemment aux procédures d'urgence qu'il sont, dans notre pays, le référé ou la requête unilatérale (601) et par lesquelles il réclamera qu'interdiction soit faite au banquier de payer. On imagine en outre que l'existence d'une créance dans le chef du donneur d'ordre envers le bénéficiaire ouvre au premier le droit de saisir arrêter conservatoirement du moins les sommes dûes par la banque au second (602).

Pratiquement, le procédé de la saisie-arrêt sera peu utilisé dans le cas d'une garantie "automatique" (603). Il suppose une créance existante dans le chef du saisissant, à savoir du donneur d'ordre.

Or, cette créance du donneur d'ordre envers le bénéficiaire de la garantie "automatique" préexiste rarement au paiement de la garantie.

(600) Ce dernier sera tantôt le garant lui-même, tantôt le contre-garant. Nous nous limiterons dans la suite de l'exposé à la seule question des relations triangulaires et refuserons d'envisager les questions nées de l'intervention d'une seconde banque, généralement garant local (Sur cette hypothèse, le remarquable rapport de M. Simont, Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire autonome, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981.)

(601) Articles 1025 à 1040 du code judiciaire ; Comp. l'"Einstweilige Verfügung" des droits germaniques, l'"injunction" des droits anglo-saxons; le "provvedimento d'urgenza" du droit italien.

(602) La saisie arrêt conservatoire est réglée par les articles 1445 et s. de notre code judiciaire. Comp. l'"Arrest" des droits germaniques ; le "sequestro conservativo" du droit italien.

(603) Même remarque in Döhm J., Contregarantie et injonction de ne pas payer, DPCI, 1980, 268, qui cite cependant une décision inédite. Notre raisonnement est évidemment différent dans le cas d'un crédit documentaire.

Hormis le cas où le donneur d'ordre peut faire état de retard dans l'exécution par le bénéficiaire de sa propre obligation (604), c'est en principe par le paiement de la garantie appelée abusivement par le bénéficiaire que naît la créance du donneur d'ordre envers ce dernier. Bref, la saisie arrêt en vertu d'une créance dont, précisément, on cherche à empêcher la naissance est impensable (605).

302. Ceci dit, nous avons déjà souligné comment les doctrines germaniques (606) n'avaient validé l'octroi de ces mesures provisoires que dans les cas exceptionnelles de fraudes évidentes c'est à dire susceptibles d'une preuve "liquide", combien Portale et Mazzoni (607), dans la doctrine italienne, avaient rejoint ce point de vue, comment enfin, les droits anglo-saxons y avaient ajouté une condition supplémentaire, celle de la connaissance par le banquier de cette fraude du bénéficiaire (608).

Face à ces solutions étrangères, la seule décision belge publiée à ce jour adopte la même solution restrictive : "Si le devoir de paiement " à première demande" du garant est en principe absolu, il souffre cependant des exceptions, telle lorsque la demande est manifestement abusive." (609)

(604) Ainsi, lorsque le bénéficiaire de la garantie est en même temps donneur d'ordre d'un crédit documentaire et que la banque apéritrice refuse de payer malgré présentation de documents conformes. Nous reviendrons sur ce cas, *infra* n° 313

(605) Le raisonnement est tenu dans les droits germaniques (Aden, Pleyer, von Westphalen, *supra* n°225). En droits français et belge, Poullet Y., *Les garanties contractuelles dans le commerce international*, DPCI, 1979, 430 ; Tandeau de Marsac X., *Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels*, DPCI, 1980, N°22; Gavalda-Stoufflet, *La lettre de garantie internationale*, RTD comm., 1980, 16.

(606) *supra* n°225

(607) Cfr aussi l'article de Garone *supra* n°236.

(608) Rappelons *supra* n°246, que concrètement, le président du tribunal de commerce avait tiré la preuve du caractère manifeste de l'abus du bénéficiaire dans l'existence d'une collusion entre la Société bénéficiaire et un sous traitant ayant même conseil (!) Il faut citer aussi la décision en référé inédite du même président du tribunal de commerce de Bruxelles du 23 oct. 1980 rendue à propos d'une décision arbitrale qui lève une interdiction de payer au motif : "qu'il convient que le juge des référés tienne compte dans l'appréciation du cas concret qui lui est soumis, de ce juste équilibre entre les prétentions des parties en cause (le bénéficiaire, le donneur d'ordre et le garant), ne pouvant pas perdre de vue que la crédibilité du garant peut être gravement mise en cause dans le domaine du commerce internationale s'il ne peut exécuter l'obligation - abstraite - qui a été souscrite dans le cadre de garanties " à première demande"

Plusieurs décisions de référé françaises (610) refusent de même d'accorder au donneur d'ordre l'interdiction réclamée au nom de l'indépendance de l'engagement du banquier par rapport à la convention de base.

Une décision française adopte, à première vue du moins, une solution au contraire bien plus favorable au donneur d'ordre. Ses attendus méritent toute notre attention. L'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris rendue le 13 mai 1980 (611) avait traité à ce que nous avons qualifié d'hypothèse exceptionnelle. Le bénéficiaire de la garantie "automatique" accusait d'importants retards de paiement pour un travail depuis longtemps achevé. Le donneur d'ordre demanda donc saisie arrêt sur le montant de la garantie appelée. Il obtint gain de cause. La Banque saisie réclama main levée de cette saisie devant le président du tribunal de grande instance de Paris.

La Banque faisait valoir que "par le biais de la saisie-arrêt, le (donneur d'ordre) s'efforçait en réalité d'échapper à ses propres engagements en la paralysant elle-même et en l'empêchant d'exécuter ses obligations, alors que, contractuellement, le dit (donneur d'ordre) avait renoncé à contester toute demande de mise en oeuvre de la garantie à première demande."

(610) *Cfr. les deux décisions inédites rendues dans la même affaire décisions reprises par Villerey (op. cité)*
" a) Ordonnance de référé du Tribunal de Grande Instance de Paris (20 mars 1979).

La Société X... (exportateur français) et la Société Y... (importateur étranger) avaient passé un protocole d'accord pour lequel elles prévoyaient un courant d'achats et de ventes réciproques de matériel, précision faite que le montant des achats de X... à la Société Y... devait représenter un pourcentage des achats de Y... à X...

Une banque avait donné sa garantie à première demande au bénéfice de Y... pour le cas où les achats de X... n'atteindraient pas ce pourcentage. A la fin de la 1ère année, les deux sociétés ne sont pas tombées d'accord dans leur calculs.

Y... a donc appelé la garantie, alors que X... faisait tout d'abord interdiction à la banque, par sommation d'huissier, de payer, puis l'assignait en référé.

La banque, par application des principes juridiques ci-dessus précisés, a payé juste avant l'audience des référés. Le Président du Tribunal statuant en référé a débouté X... en énonçant que l'acte de garantie inconditionnelle était indépendant du protocole d'accord passé entre les deux sociétés.

b) Ordonnance de référé du Tribunal de Commerce de Paris (28 novembre 1979)

Le protocole d'accord prévoyait des achats s'étendant sur plusieurs années. Craignant de voir la garantie appelée à nouveau, X... a voulu prendre les devants en assignant à nouveau en référé la banque et Y..., cette fois devant le Président du Tribunal de Commerce de Paris.

X..., à nouveau été déboutée, le Tribunal estimant que la demanderesse avait accepté les termes de la garantie et qu'il fallait respecter le contrat, loi des parties."

(611) *Trib. gde inst. Paris 13 mai 1980, D. 1980, 488, note Gavalda et Stoufflet.*

Le président du tribunal refuse la mainlevée : "le droit français ne prévoit pas parmi les créances insaisissables, celle résultant de la constitution d'une caution, fût ce à première demande." En outre, il répond à l'argument bancaire : "Attendu que la renonciation contractuellement acceptée par ce (donneur d'ordre) de ne pas discuter l'appel de la garantie à première demande, dans le cadre de ses relations d'affaires avec (le bénéficiaire) ne constituait pas pour autant, sous peine de désir de justice, une sorte de carcan qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son contractant, au point de lui interdire d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises."

Cette décision française à propos de la saisie arrêt de la "garantie automatique" ouvre donc au donneur d'ordre une possibilité de paralyser la demande en paiement du bénéficiaire lors même que la banque ne pourrait contester le droit de ce dernier.

Nous aurons l'occasion de souligner le bien fondé de cette décision (612) mais voulons d'emblée en réduire la portée:

- 1°) cette solution valable dans l'hypothèse exceptionnelle de l'existence d'un principe certain de créance ne peut être déduite des précédents relatifs au crédit documentaire (613) comme le prétendent pourtant les annotateurs de la décision (614);
- 2°) cette solution ne pourrait être étendue aux autres mesures conservatoires (requête unilatérale et référé).

. Ce sont ces divers points qui seront l'objet de nos développements.

(612) *infra* n° 313 ; Donnent raison de même à la décision française, Simont L. op. cité ; Gavalda et Stoufflet, note sous l'arrêt. Hésite Vasseur (Rapport de synthèse, n°21)

(613) *Sur ces précédents*, *infra* n° 303

(614) La note de Gavalda et Stoufflet se réfère expressément à ces précédents. C'est à cause de tels précédents que Vasseur hésite : "on peut néanmoins redouter de voir naître à propos des saisies-arrêts un contentieux et des discussions du même ordre que ceux qui ont vu le jour à propos de la saisie arrêt effectuée par le donneur d'ordre en cas de Crédit documentaire." Nous aurons l'occasion de revenir à la position française, originale. Sur la mise en évidence de cette singularité de la position française et les réticences belges à propos des possibilités d'empêcher le paiement d'un crédit documentaire, lire les réflexions de droit comparé d'Eisemann-Eberth, *Das Dokumentenakkreditiv im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, 2° éd., 1979.

§ 2. LES MESURES PROVISOIRES EN PARTICULIER LA SAISIE ARRET DANS

LES MECANISMES TRIPARTITES " ABSTRAITS" (615)

303. Le lecteur mesurera mieux le risque du raisonnement analogique, que nous évoquions à propos de la décision française du 13 mai 1980, à la lecture de la conclusion de l'avocat général Cunéo (616) relative à la saisie arrêt du montant du crédit documentaire par le donneur d'ordre. Cette conclusion appelle étrangement l'affirmation du président du tribunal de grande instance de Paris que nous venons de citer : "Aucune disposition légale non plus qu'aucun principe juridique ne mettent obstacle à la possibilité pour l'acheteur d'une marchandise qui a fait à son vendeur un crédit confirmé irrévocable de pratiquer saisie-arrêt sur le crédit s'il justifie d'un principe certain de créance..." La solution contraire ouvrirait la porte à toutes les malhonnêtetés et aurait pour effet de mettre l'acheteur à la merci absolument de son vendeur."

En effet, les conditions de la saisie-arrêt sont bien réunies, l'acheteur est bien créancier du vendeur, ce dernier ayant mal exécuté son engagement malgré la remise au banquier de documents conformes et rien n'interdisant la saisie-arrêt sur soi-même ou son mandataire des sommes dûes à son propre créancier.

(615) *Il ne s'agit dans aucune mesure d'affirmer par là la nature abstraite des engagements propres à ces mécanismes tripartites.*

(616) *Conclusions de l'Avocat général Cunéo, sous Paris, 16 juin 1950, G.P., 1950, 2, 134 repris in Trib. comm. Paris, 5 fév. 1971, G.P., 1971, 2, 378.*

La jurisprudence française (617) est unanime à cet égard et la doctrine majoritaire (618) ne conteste pas son raisonnement. Certes, certains auteurs "commercialistes" en particulier belges (619) le regrettent et notent que "de telles solutions aboutissant à tourner les principes universellement admis en matière de crédit irrévocable sont des plus discutables." (620). Au nom de la fonction du crédit documentaire, ils souhaitent que les juges ne permettent la saisie-arrêt que dans les cas où la banque elle-même pourrait refuser le paiement.

- (617) 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*, 1949, 268 et s. note R. de Carbonnières ; Trib. Comm. Paris, 5 fév. 1971, G.P., 1971, 378 ; Prés. Trib. Comm. Paris (référé) 29 oct. 1976, inédit. Les décisions (Paris 31 mai 1938, G.P., 1938 2, 124 ; Cass. 6 fév. 1967, J.C.P., 1968, II, 15364, note J. Stoufflet) concernent des saisies-arêts non pratiquées par le donneur d'ordre lui-même. Nous ne pourrions malheureusement évoquer ces questions dans le cadre de cette thèse.
- (618) Ainsi 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 et Stoufflet, *Droit bancaire*, Paris, 1976, 736 ; de Carbonnières R., *L'autonomie de l'ouverture de crédit irrévocable*, *Banque*, 1949, 263 et 264 ; Van Maele A., *Droit 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 oggetto 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 operazioni bancarie*, T.II, 992). En faveur de cette interprétation, le commentaire fait par de Leval (*La saisie-arrêt*, Thèse, Liège, 1976, n°28 et 83).
- (619) Van der Gucht R., *La saisie arrêt en matière de crédit irrévocable*, *Rev. de la Banque*, 1952, 185 et s. ; Van Rijn-Heenen, *Principes de droit commercial*, T. III, 399 : "L'on doit prendre garde que la saisie ne fasse échec à l'irrévocabilité du crédit" ; Frédéricq 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. de la Banque*, 1951, 489 et s.
- (620) Escarra J., *Cours de droit commercial*, 2° éd., Paris, 1952, 994 ; dans le même sens, Eisemann Bontoux, *Sécurités et Précarités du crédit documentaire*, Paris, 1964, 125 et s.

On s'étonne cependant qu'hormis cette référence à la logique du mécanisme, les auteurs favorables à la solution restrictive aient peu développé leur argumentation.

304. Les réflexions du droit français sur la saisie-arrêt de la créance cambiaire pourraient cependant les aider. En effet, "comblant un interstice de la loi uniforme qui ne contient aucune règle sur les oppositions de paiement, le législateur français les a catégoriquement prohibées sauf dans l'hypothèse de la perte de la lettre et celle de la déclaration du porteur en liquidation des biens ou en règlement judiciaire (C. comm. art. 140) (621). La créance cambiaire ne peut donc être l'objet d'une saisie arrêt faite par un créancier d'un porteur entre les mains du tiré (622)" (623)

Roblot (624) applique ce principe à la saisie-arrêt que voudrait pratiquer dans les mains du tiré un signataire de la traite créancier du porteur : "sont déclarées inopérantes les oppositions pratiquées par un signataire quelconque qui voudrait empêcher le paiement sous prétexte qu'il n'était pas réellement débiteur de celui au profit duquel il a souscrit le titre." Ainsi, pour reprendre deux situations proches de celle du crédit documentaire, le tireur ne peut en invoquant un principe de créance certain contre le porteur interdire au tiré le paiement du titre et le tiré non provisionné ne peut ordonner la mise sous séquestre des traites.

Deux décisions concernaient cette dernière hypothèse. La justification donnée pour interdire le séquestre d'une traite non provisionné mérite d'être relevée.

(621) *notre ancien article 39 dans la loi de 1872 que les travaux parlementaires ont jugé inutile de reprendre dans la mesure où il faisait double emploi avec l'article 40 alinéa 3 actuel (Pasin. 1953, 587, n°270)*

(622) *Même interprétation en Belgique sous l'empire de l'ancienne loi A.G., La lettre de change et la saisie-arrêt, J. comm. Br., 1894, 5 et s ; Fontaine J., de la lettre de change, Nouvelles, Droit commercial, T. II, n°829.*

(623) *Cabrillac M., La lettre de change dans la jurisprudence Paris, 1974, 164 et les nombreuses références.*

(624) *Roblot R., Les effets de commerce, n°333*

On conçoit tout l'intérêt d'une telle conclusion. Dans la mesure où l'inopposabilité des exceptions qui caractérise la lettre de change est le véritable fondement du non octroi de mesures conservatoires à un débiteur cambiaire, ne faut-il pas étendre cette solution du mécanisme cambiaire aux mécanismes bancaires caractérisés tout autant par l'abstraction ?

305. La doctrine allemande (625) s'est volontiers, entre autres arguments (626), référé à l'analogie des situations cambiaire et bancaire pour refuser au donneur d'ordre d'un crédit documentaire le bénéfice de mesures provisoires : "cette conclusion, note par exemple Erman (627), rejoint celle relative au devoir de paiement du tiré accepteur d'une traite tel qu'affirmé à l'article 40 alinéa 3."

L'article 40 alinéa 3 de la loi cambiaire permet-il en droit belge la même analogie qu'en droit allemand ? Il semble, à première vue du moins, que l'interprétation belge ne s'accorde pas avec celle allemande. Rappelons le prescrit : "Celui qui paie à l'échéance est valablement libéré à moins qu'il n'y ait de sa part une fraude ou une faute lourde. Il est obligé de vérifier la régularité de la suite des endossements mais non la signature des endosseurs."

Cet article que nous avons déjà interprété comme une décharge de responsabilité dans le chef du tiré qui paie sans fraude ni faute lourde et par extension du banquier garant "automatique" qui paie le montant de la garantie automatique en l'absence de fraude évidente de la part du bénéficiaire (628), signifie-t-il en outre la condamnation de toute opposition de la part d'un tiers, créancier du porteur ? La doctrine allemande l'affirme (629).

(625) Cfr. not. Kübler F., *Feststellung und Garantie*, op. cité, 190; Borggreffe W., *Akkreditiv und Grundverhältnis*, op. cité, 83 ; Kleiner B., *Die Zahlungspflicht der Akkreditiven*, SJZ., 1976, 353.

(626) le principal étant le "pactum de non petendo" que donneur d'ordre et bénéficiaire concluraient par la clause d'accréditif.

(627) Erman W., *Kaufvertragsverhältnis und Akkreditivverpflichtung*, Festschrift für Rittershausen, Stuttgart, 1968, 265.

(628) Cfr. supra n° 298

(629) Baumbach-Hefermehl, *Komm zum W.G. und Sch. G. München*, 1967, W.G., art. 40. Ann. 6. et doctrine y citée.

La cour d'appel de Paris, le 2 février 1960 (630) refuse le séquestre au motif que la contestation ne portant que sur l'existence de la provision et non sur la régularité de la détention, accorder le séquestre serait éluder les dispositions légales et donner au tiré non provisionné une garantie que la loi lui refuse.

Plus intéressante encore, la motivation de l'arrêt de la cour de cassation du 22 janvier 1969 (631). Les traites prétendument non provisionnées étaient dans les mains d'un banquier protecteur des effets. La cour de cassation casse l'ordonnance d'appel : "en désaisissant ainsi de ses titres la banque, alors qu'il n'était pas contesté que celle-ci fût le porteur légitime des lettres de change, au sens de l'article 120 du code de commerce et alors qu'il n'appartenait pas à la juridiction des référés d'examiner si en acquérant ces effets, la banque avait agi surement au détriment du débiteur, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs."

La décision de la cour de cassation ne se réfère donc plus à l'article 140 du code de commerce : l'octroi de mesures d'urgence en matière cambiaire préjudicie au principal, et cela suffit à justifier leur exclusion.

Le raisonnement est le suivant : la séquestre même provisoire des traites atteint aux droits du porteur légitime. Cette atteinte ne peut être justifiée qu'en prouvant la mauvaise foi du porteur au sens restreint que lui donne la loi cambiaire. Or, sauf cas de mauvaise foi évidente (632), la question déborde la compétence de la juridiction des référés. "La séquestration de la lettre de change se heurte au principe de l'inopposabilité des exceptions qui domine le droit cambiaire, celui de l'inopposabilité des exceptions." conclut dès lors Cabrillac (633).

(630) Paris 2 fév. 1960, Banque, 1961, 536, obs. X. Marin. A noter la réflexion de Cabrillac (op. cité, 176) à ce propos : "cette jurisprudence déroge au droit commun qui autorise la "justice" en pratique le juge des référés à prendre cette mesure..."

(631) Cass. 22 janv. 1969, Bull. civ., IV, N°23; Banque 1971, 305, observ. X. Marin ; R.T.D.C., 1969, 776, observ. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange (notes d'approbation). Cfr aussi Cass. 9 déc. 1974, Bull. civ., IV, N°321, 265.

(632) Comp. avec nos conclusions, infra n°310 à propos de la garantie automatique.

(633) Cabrillac M., op. cité, 177.

Les auteurs belges (634) le nient : "L'article 40 alinéa 3 n'a pas pour effet de libérer le tiré qui se serait acquitté au mépris d'une saisie arrêt... Les créanciers du tireur ou du porteur peuvent pratiquer une saisie arrêt entre les mains du tiré pour autant que le tiré soit débiteur du saisi... Certes on peut objecter que le législateur attribue à la lettre de change un caractère tel que son paiement à la date fixée soit une certitude dans les prévisions du porteur ; cela ne signifie pourtant pas que le débiteur puisse soustraire ses créances à la saisie arrêt en les incorporant dans un effet de commerce." (635)

Cette position unanime de la doctrine belge actuelle (636) laisse dans l'ombre une question non aperçue ni par la doctrine, ni par la jurisprudence belges : faut-il mettre sur le même pied que l'ensemble des créances, la créance particulière qu'aurait contre l'actuel porteur, un signataire de la traite, non provisionné ?

Car la question qui nous intéresse est bien là : que ce soit dans la garantie automatique, le crédit documentaire ou la lettre de change, peut on permettre à celui qui souscrit à un mécanisme dont il connaît la portée et l'abstraction qui le caractérise de remettre en question ne serait-ce que provisoirement les effets de ce mécanisme ?

Nous en proposons la démonstration négative à propos de la garantie "automatique". Cette démonstration peut être ensuite étendue aux mécanismes tripartites du crédit documentaire et de la lettre de change.

(634) *Frédéricq L., Droit commercial, T. X, n°146 ; Van Rijn-Heenen, Principes de droit commercial, T. II, n°1601, 475 (1516, à propos de la saisie arrêt de la provision) Ronse J., Wisselbrief en Orderbriefje, T. II, 503, n°1624. Ces auteurs peuvent s'appuyer sur les travaux parlementaires (Pasin. 1953, 587, n°269) : "Les droits que peuvent faire valoir les créanciers du porteur sont étrangers au droit cambiaire et relèvent du droit commun. Ils sont formellement reconnus par les articles 1166 et 1242 du code civil ainsi que l'article 8 de la loi hypothécaire... L'action de ces créanciers pourrait être intentée par voie de saisie arrêt."*

(635) *de Leval G., La saisie arrêt, op. cité, 126 et la note 43.*

(636) *... qui contraste avec celle qui prévalait sous l'ancienne loi de 1872 (supra n° 304 , note)*

§ 3. LE FONDEMENT D'UNE EXCLUSION DE PRINCIPE DES MESURES

PROVISOIRES DANS LA GARANTIE "AUTOMATIQUE"

A. Le principe de l'Unité économique de la garantie "automatique" et l'application du principe.

306. La thèse de la nature causale de la garantie (637) mettait en évidence le fait que la délivrance d'une garantie "automatique" représentait l'aboutissement de divers rapports interdépendants économiquement et qui présente une unité logique fonctionnelle. La philosophie de chacun de ces rapports, leur contenu ne peuvent se comprendre que par leur insertion dans l'ensemble du mécanisme tripartite (638). La cohérence du tout explique les particularités de chaque rapport. Il ne s'agit pas pour autant d'affirmer l'existence d'un seul contrat pour l'ensemble de ces rapports (639), au contraire, c'est précisément en jouant sur la distinction de divers rapports juridiques que le mécanisme tripartite peut atteindre ses fins.

Appliquons ce principe au schéma tripartite qui mène à la délivrance de la garantie en question. Le point de départ de ce schéma se situe dans l'équilibre d'intérêts particulier que les parties à un rapport commercial international décident de mettre sur pied.

(637) Cfr. à cet égard, nos développements supra n°277. Nous nous contenterons de reprendre la déclaration de Villerey : "La garantie participe au même titre que le contrat commercial à la formation de l'ensemble contractuel cohérent, indispensable à l'aboutissement de l'opération commerciale, aux contraintes et aux exigences de l'importateur étranger."

(638) Comp. les diverses déclarations récentes qui étudient l'opération de cautionnement comme opération tripartite, ainsi celle de la cour de cassation française du 2 février 1972 (Bull. civ., 1972, I, n°37) : "le cautionnement implique des engagements entre trois personnes, un créancier, un débiteur et une caution." ; celle de Simler Ph., J. cl.civ. art. 2011-2020 (1^{er} fasc.), n°2 : "En réalité, le contrat de cautionnement n'est que l'un des éléments d'une opération triangulaire ; n°7 : "Le contrat de cautionnement n'est que la dernière étape d'un processus plus vaste." ; Malaurie P., note sous Cass. 1 mars 1972, D., 1973, J., 733 ; Jestaz Ph., v° cautionnement, D. rép. di.civ., n°14, Rémond-Gouilloud M., L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, J.C.P., 1977, I, 2850, n°30 ; contra, l'affirmation malheureuse de Larroumet C., Les opérations juridiques à trois personnes, Thèse, Bordeaux, 1973 : "Nous sommes en présence d'une fausse opération à trois personnes qui résulte non pas d'une même et unique convention mais d'une représentation de deux ou même trois contrats."

(639) A cet égard, l'attendu du Tribunal de commerce de Bruxelles, Jur. comm. Brux. 1980, I, 141 et s. : "La garantie bancaire litigieuse tient à la fois du cautionnement et du mandat."

307. En contrepartie le plus souvent de mécanismes de paiement particulièrement contraignants (640), l'importateur ou, de façon plus générale, le maître d'oeuvre (641) souhaite se voir délivrer une garantie de résultat efficace et "liquide" lui ôtant le souci de tous les risques propres au commerce international, en particulier, outre les risques normaux (642) ceux de preuve et de force majeure ainsi que les risques politiques.

La clause par laquelle il exige la constitution par l'exportateur d'une garantie bancaire "automatique", clause ajoutée à celles normales d'un contrat international (643) représente la traduction de cet équilibre souhaité. Par cette clause, l'importateur dispose d'un moyen de pression sûr pour obtenir l'exécution parfaite de la prestation de l'exportateur et le texte de la garantie bancaire souvent joint en annexe du contrat ou de l'offre de contracter (644) lui ôte le souci des risques susdits (645).

(640) *Comp. Gavalda-Stoufflet (op. cité, 2) : "On peut voir, d'ailleurs, voir dans l'exigence des importateurs une réplique à la rigueur dont témoignent depuis longtemps ci leur égard les vendeurs (clause "Isabel" ; lettre de change irrévocable...)*

Sur ce point, lire aussi nos longs développements in Les garanties bancaires dans le commerce international ; Définition et pratique en Europe Occidentale Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, ceux de Tandeau de Marsac X., Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, D.P.C.I., 1980

(641) *L'opération garantie peut dans certains cas ne porter sur le transfert de propriété d'aucun bien. Remarquons d'autre part que même le terme de "maître d'oeuvre" est insuffisant. Dans certains cas, la garantie sert à assurer, à défaut de crédit documentaire, la bonne fin de la prestation de l'importateur relative au paiement de l'exportateur.*

(642) *Sur la notion de risque normal, cfr supra n°166, les enseignements de la doctrine et jurisprudence allemande.*

(643) *Le texte de la garantie bancaire "automatique" est souvent joint au contrat. Les dispositions du corps du contrat se contentent bien souvent d'une allusion à ce texte et en font une condition de la poursuite des pourparlers contractuels.*

(644) *... dans le cas de "Tender-guarantee", garantie de soumission.*

(645) *A ce sujet le remarquable exposé de Costet L., Le contrat commercial, l'obligation contractuelle à garantir. Actes du colloque de Tours, Paris, 1981 : "Le souci dominant du client et l'économie du contrat comme celle de la garantie bancaire de bonne fin en témoignent, est avant tout d'obtenir le résultat économique recherché." et les développements de Salem et Sanson, Les contrats "clé en main" et les contrats "produit en main", Paris, 1979, 117 et s.*

En acceptant la clause de garantie bancaire "automatique", l'exportateur reconnaît le besoin légitime de l'importateur d'être assuré de la bonne exécution de la prestation nonobstant certains risques relatifs au commerce international et de disposer dès lors d'un moyen efficace de pression vis à vis de lui.

En fait, dans la mesure où l'exportateur commerçant reprend la clause de garantie bancaire "automatique", il sait ou doit savoir qu'il prend en charge du moins provisoirement toute une série de risques liés à la bonne exécution de la prestation ou à sa preuve qui normalement ne lui incombent pas (646). La clause de garantie "automatique" représente pour les deux parties un partage de risques original et "stéréotypé" dans la mesure où les usages coutumiers ont précisé exactement les limites de ce partage. (647)

Or les conventions s'exécutent de bonne foi - C'est là un principe général qui domine tout ordre juridique (648). Il condamne tout acte contraire à l'équilibre d'intérêts mis en place par la convention . (649).

(646) A cet égard, les remarques de Salem-Sanson, op. cité, 120 : "Si donc comme nous avons tenté de le montrer, la garantie assume, dans les contrats de vente d'ensembles industriels, la fonction essentielle de réaliser un partage du coût de l'aléa, il faut admettre le contrepartie de cet avantage, C'est à dire les prix extrêmement élevés qu'atteignent les contrats "produits en main" qui fournissent effectivement cette garantie."
Villerey (Les garanties bancaires dans les contrats internationaux : Rapport français, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981) analyse, comme suite, les différentes relations :

"L'exportateur français répercute sur la banque garante l'exigence de l'importateur étranger et, de ce fait, se trouve indissolublement lié à la banque puisque l'engagement souscrit ne fait que reproduire fidèlement la demande de cet exportateur, donneur d'ordre ;"

"L'exportateur ne peut qu'accepter les conséquences d'un pareil engagement, du fait qu'il est donné sur sa demande et dans son intérêt exclusif, sa souscription conforme aux exigences formulées dans le cadre de l'opération concernée étant indispensable à la conclusion de celle-ci."

(647) C'était déjà l'avis de Kübler (Feststellung und Garantie, Thèse, Tübingen, 1969, 169) à propos du crédit documentaire. Nous avons déjà insisté sur le fait que comme moyen de paiement, la clause de crédit documentaire représentait un partage des risques relativement équivalent à celui proposé par la garantie "automatique".

(648) A l'article 1134 alinéa 3 : "(Les conventions) doivent être exécutées de bonne foi" correspondent notamment le § 242 BGB allemand, l'article 1375 du code civil italien, et le principe de la "bona fides" en droit anglais ; Cfr déjà notre raisonnement repris supra n°298.

(649) "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 ... La convention exprime toujours la conciliation d'intérêts juridiques contradictoires." Martin de la Moutte J., L'acte juridique unilatéral, Thèse, Paris, 1951, n°33, 42.

A propos du devoir d'exécution de bonne foi comme respect de la structure contractuelle et à travers elle de l'équilibre d'intérêts qu'elle fonde à priori, 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, 1978, n°109.

308. Ce respect du principe de bonne foi vaut tant pour l'exportateur que l'importateur. Par la clause de garantie, l'importateur s'engage à ne pas réclamer le paiement de la garantie "automatique" de mauvaise foi, c'est à dire pour des risques non couverts par la garantie "automatique". Ce n'est en effet qu'alors qu'il sera sans droit et agira contre le sens du mécanisme dont il a exigé la constitution. Certes, ces hypothèses se trouvent réduites, étant donné l'étendue des risques couverts par l'exportateur. Ainsi l'insuffisance de la preuve de non exécution de la prestation ne peut être considérée comme détruisant le droit du bénéficiaire puisque l'exportateur a accepté de le couvrir de ce risque.

Corrélativement, l'exportateur a un devoir de bonne foi, lors de l'exécution du contrat, bien plus lourd. Il s'engage à ne rien faire qui aille à l'encontre du partage des risques acceptés. Comme Portale (650) le notait, par la clause de garantie bancaire automatique, il est exact que l'exportateur renonce provisoirement du moins à faire toute une série d'exceptions du moins celles correspondantes

aux risques pris en charge par lui-même. Ce qu'Erman et, à sa suite, une large partie de la doctrine allemande et autrichienne étudie comme un "pactum de non petendo" n'est que la conséquence logique du devoir d'exécution de bonne foi du rapport obligationnel de base à laquelle on a joint une clause de garantie bancaire "automatique". (651)

La demande par laquelle l'exportateur réclame de son banquier ou d'un banquier agréé par l'importateur l'émission d'une lettre de garantie automatique représente d'ailleurs la conséquence de ce devoir d'exécution de bonne foi. Les clauses du contrat passé entre exportateur et banque confirment notre thèse de l'unité logique des divers rapports qui forment le mécanisme tripartite de la garantie "automatique"... le banquier est autorisé à payer "à première demande" du bénéficiaire de la garantie (652). L'exportateur, donneur d'ordre de la garantie renonce envers

(650) *supra* n°237

(651) Sur ce "pactum de non petendo", qu'entraînerait la clause de garantie "documentaire" ou "automatique" ou la clause d'accréditif, nos références aux travaux d'Erman, Pleyer, Borggreffe, etc... *supra* n°225

(652) Certains auteurs, tels Pleyer parlent de la conclusion d'un second "pactum de non petendo" (comp. la déclaration de Villerey citée note 49)

la banque à opposer à la demande de paiement du bénéficiaire toute exception (653).

B. Les limites de l'octroi de mesures provisoires lors de la délivrance d'une garantie automatique.

1. Principe général

309. Ces considérations, qui cherchent à mettre en évidence l'impact de la délivrance d'une garantie automatique sur chacun des rapports de base, justifient amplement les restrictions apportées par l'ensemble des ordres juridiques étrangers à la possibilité de mesures conservatoires en même temps qu'elles en précisent les contours.

Le propre des mesures provisoires est - c'est leur essence - de ne pas préjudicier au principal. "Il n'appartient pas au juge des référés de trancher le fond du droit" enseigne la cour de Cassation française le 10 novembre 1947 (654).

Certes, précise le même arrêt suivi par la doctrine, jurisprudence et le législateur, "si le juge des référés ne peut "prendre parti" sur l'existence des droits, il peut néanmoins fonder sa décision sur le droit d'une partie non sérieusement contesté." (655)

- (653) Les règlements généraux des ouvertures de crédit contiennent bien souvent une clause autorisant la banque agarrante ou caution à payer à première demande : la banque est autorisée irrévocablement à exécuter son cautionnement ou sa garantie, dans les conditions prévues, à la première demande du bénéficiaire... " (clause d'un règlement belge). Les règlements bancaires allemands, italiens et français contiennent bien évidemment la même clause. En outre, les banques cautions ou garantes prennent soin de rappeler cette clause lors de leur réponse à la demande d'émission d'une caution ou garantie faite par le donneur d'ordre.
- (654) Cass. 10 nov. 1947, J.C.P., 1978, II, 4166 note Plaisant ; D. 1947, 529, note Lerebours-Pigeonnière ; S. 1948, I, 157, note Raynaud ; Rev. Trim. dir. civ., 1948, 98, obs. Viziox. Sur cette notion, lire Cezar-Bru, Hébraud, Seignolle et Odoul, Juridiction du président du tribunal, T. I., Des référés, 5^e 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 kort Geding, Recente Trends, T.P.R., 1980, 267 et s.
- (655) 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, Hébraud et Odoul, op. cité, 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."

La notion de droit "non sérieusement contestable" a été reprise par le commissaire royal Van Reepinghen lors de son rapport à la réforme judiciaire, P. 395 col. 2. Elle n'a cependant pas été inscrite dans le code judiciaire lui-même qui reprend la vieille formule du "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. citée ; Rouard P., op. cité, T. II, n°926 et s. ; Van Dievoet E., Cours de droit judiciaire, notes stencylées, Leuven, 1974, 65 ; etc.)

"Il reste, commente Rouard, dans la limite de sa compétence (656) lorsqu'il ordonne des mesures conformes à un droit "évident" de la partie demanderesse."

310. Il nous suffit d'appliquer ces principes limitatifs de la compétence du juge des référés pour comprendre les limites étroites dans lesquelles peut se concevoir l'octroi de mesures provisoires en matière de garantie "automatique".

L'exportateur qui a donné l'ordre à sa banque de délivrer une garantie "automatique", n'a de droit "non sérieusement contestable", en d'autres termes, n'a de droit "évident" (657) que lorsque la demande en paiement de la garantie faite par l'importateur soit manifestement du domaine des risques dont l'exportateur lui-même avait convenu de couvrir l'importateur. Dans tous les autres cas, le droit de l'exportateur est d'autant moins évident que sa réclamation va à l'encontre du sens de la convention qu'il a signée, qu'elle représente un "venire contra factum proprium" selon l'expression de Gautschi (658), plus simplement un acte d'exécution de mauvaise foi de la part de l'exportateur envers l'importateur (659)

(656) *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.*

(657) *"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. cité, 783, n°926 ; Comm. Brux. (Réf.), 6 juin 1973, J.T., 1973, 498) La formule est peut être trop restrictive. Comp. avec la formule utilisée pour l'octroi d'une saisie-arrêt : "il suffit que justifiées sommairement et promptement, la créance paraisse réelle." (de Leval G., La saisie arrêt, Thèse, Liège, 1976. n°26 in fine ; Civ. Brux. (Saisies) 20 nov. 1975, J.T., 1976, 283)*

(658) *sur cette théorie suisse du "venire contra factum proprium", supra n°225.*

(659) *C'est d'ailleurs en droit allemand le fondement même de la théorie du "venire contra factum proprium" depuis la thèse de Wieacker (Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen, 1956) qui démontre que la notion de bonne foi (§ 242 BGB Treu und Glauben) doit se comprendre comme le respect de la structure mise en place, c'est à dire comme l'absence de tout "venire contra factum proprium, d'acte allant à l'encontre du "sens" même du type contractuel.*

L'équilibre des risques liés à l'opération économique internationale à l'origine de la garantie a été décrit ci dessus. Seule la mauvaise foi de l'exportateur ne peut être couverte par la garantie automatique. C'est donc dans la seule mesure où cette mauvaise foi est évidente dans le chef de l'importateur, que doit être permise l'octroi de mesures provisoires. L'allégation de la bonne exécution de la prestation, l'affirmation de difficultés de recours dans le cas de commerce international ne peuvent autoriser le juge des référés à interdire - ne serait-ce que provisoirement - le paiement. Le droit de l'exportateur dans de tels cas est "sérieusement contestable" du fait même qu'il remet en cause la base même de l'accord contractuel.

311. Nous retrouvons ici l'enseignement de certaines doctrines et jurisprudences étrangères, celles italiennes et germaniques en particulier qui admettent que seuls les cas de fraude claire, c'est à dire dont la preuve est immédiate, peuvent faire l'objet d'interdictions judiciaires de payer (660). Par contre, nous nous écartons des conditions trop limitatives posées par la jurisprudence anglaise (661). S'il faut que la fraude soit claire, il ne faut pas en outre qu'elle soit connue d'avance du banquier. Dans le cas où cette condition supplémentaire est présente, il y a en outre responsabilité de la banque. Celle-ci en payant le bénéficiaire de la garantie comme une faute lourde de telle sorte qu'elle pourra être attaquée dans la suite par le donneur d'ordre (662).

(660) Sur ces jurisprudences et doctrines, supra n°225 et n°237.

(661) Sur la jurisprudence anglaise et la condition de fraude claire évidente comme du banquier, supra n°211. A cette jurisprudence anglaise relative à la garantie "automatique" ne fait d'ailleurs que reprendre un enseignement constant des jurisprudences tant anglaise qu'américaine relative cette fois au crédit documentaire (cfr. notamment l'arrêt célèbre *Sztejn v. Henry Schroder Banking Corp.*, (1941) 31 N.Y. Supp. (2 d) 631, 634)

(662) supra n° 305 où nous avons raisonné notamment par analogie à partir de l'article 40 alinéa 3 de la loi sur la lettre de change et de l'article 35 alinéa 2 de la loi sur le chèque.

Il se peut toutefois que sans être connue a priori du banquier, la fraude invoquée soit "évidente" (663). Rien n'empêche alors le client de la banque de recourir directement au tribunal pour faire déclarer "évidente" la fraude du bénéficiaire et empêcher le paiement (663 bis).

Ainsi, le donneur d'ordre de la garantie "automatique" par la clause même de garantie, renonce envers le bénéficiaire à faire valoir toute une série d'exceptions relatives à la prestation garantie. Le fondement des limites apportées à la possibilité pour le donneur d'ordre de réclamer des mesures provisoires n'est donc pas une renonciation quelconque à citer en justice (664) ce qui serait contraire à l'ordre public (665), mais la prise en considération de l'équilibre contractuel tel que les parties l'ont construit.

- (663) *Par exemple, la fraude est évidente tout en n'étant pas pour autant connue du banquier lorsque une garantie "automatique" non limitée dans le temps est appelée bien après la durée d'utilisation normale d'un bien d'équipement vendue. Les décisions du Landsgericht de Francfort du 29 novembre 1979 (où les certificats sanitaires rendaient "évidente" la fraude) et du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 15 janvier 1980 (qui tire l'évidence de la fraude de la présence d'un conseil commun) ne font pas allusion à la condition de connaissance par le banquier de la fraude du bénéficiaire.*
- (663 bis) *Ainsi, pour nous, il existe des hypothèses où le donneur d'ordre peut réclamer une interdiction de paiement alors que le banquier ne devait pas refuser ce paiement. Trop d'auteurs pour ne pas distinguer la fraude "évidente connue du banquier" (hypothèse où le banquier qui paie engage sa responsabilité) et la fraude "évidente", ne voient pas l'intérêt d'une procédure en référé, puisque, disent-ils, le donneur d'ordre pourra refuser le remboursement de la banque qui a payé et engagé dès lors sa responsabilité (A cet égard, les hésitations de Vasseur, op. cité, n°20)*
- (664) *Nous insistons, le donneur d'ordre, en prenant en charge provisoirement certains risques de la prestation autres que les risques purement obligatoires, modifie son rapport juridique avec le bénéficiaire. Il n'y a pas renonciation à recourir à une procédure même limitée aux mesures provisoires comme le pense Vasseur (op. cité, n°21) mais simplement potposition de la créance. (Sur cette distinction, Simont L., op. cité)*
- (665) *"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 en toutes matières qui sont de la compétence du Tribunal de Commerce ; Attendu que cette disposition est d'ordre public (RCJB., 1973, n°53)" (Prés. Trib. comm. Brux. 23 oct. 1980, inédit)*

Si le donneur d'ordre s'est réservé la possibilité d'invoquer l'exception de mauvaise foi du bénéficiaire, celle-ci ne peut être prise en considération qu'en cas d'évidence (665 bis), selon le principe même de toute mesure judiciaire provisoire (666).

Cette première conclusion générale doit être complétée par une réflexion spécifique sur la question de la saisie-arrêt (667). Le donneur d'ordre, s'il renonce effectivement, par la clause de garantie automatique, aux exceptions relatives à la prestation garantie, renonce-t-il pour autant aux exceptions relatives à d'autres droits et créances que ceux afférants précisément à cette prestation garantie ?

(665 bis) Comp. Simont L., op. cité : "il ne fait pas de doute que la renonciation générale au droit d'ester en justice est nulle car contraire à l'ordre public belge voire l'ordre international public belge. La renonciation à l'action en justice, c'est à dire au "droit à l'état dynamique" se conçoit certes mieux mais est pareillement illicite dès lors qu'elle est générale et couvre donc le droit d'invoquer une fraude commise par le bénéficiaire " (et références citées notes 16 et 17)

Cette affirmation permet d'interpréter et de restreindre la portée de la clause bancaire habituelle selon laquelle le donneur d'ordre s'engage à s'abstenir en toutes circonstances d'entamer, à notre initiative, une procédure judiciaire contre votre banque pour empêcher un paiement du montant de la garantie ou du montant de la contregarantie, si la garantie était appelée.", c'est à dire lorsque le donneur d'ordre dispose d'un droit "non sérieusement contestable".

(666) Le président du tribunal de commerce de Bruxelles (décision du 23 oct. 1980) suggère une justification supplémentaire qui restreint encore le caractère évident. "L'objectif de la garantie est de réaliser un juste équilibre entre les intérêts des parties en cause, le bénéficiaire, le donneur d'ordre et le garant ; qu'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, 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 dans le cadre de garanties "à première demande" qui ont été émises." Cet argument de la crédibilité bancaire est présent dans d'autres décisions.

(667) D'autres questions auraient pu être abordées ; outre celle de la contregarantie, celle de l'obligation pour le garant d'avertir le donneur d'ordre de l'appel à la garantie, celle aussi de la possibilité pour le banquier de payer malgré l'interdiction judiciaire. (Sur ces deux questions, l'analyse remarquable proposée par Simont L., op. cité)

2. La question particulière de la saisie arrêt.

312. Ainsi, le donneur d'ordre qui, au moment de l'appel à la garantie, se trouve créancier du bénéficiaire sur base d'un autre marché a-t-il par la clause de garantie "automatique" renoncé à faire valoir tout droit de créance ? La réponse positive surprendrait. La clause de garantie même "automatique" réalise un partage des risques liés à la seule prestation garantie, elle ne couvre pas le bénéficiaire en outre des risques nés d'autres opérations, d'autres marchés.

Il nous apparaît dès lors que le donneur d'ordre de la garantie qui peut faire valoir un principe certain, de créance, c'est à dire qui peut justifier promptement et sommairement d'une créance apparemment réelle, selon l'expression de de Leval (668), doit être autorisé à saisir arrêter. Cette saisie arrêt sera alors l'anti-chambre de la compensation.

Le cas français jugé par le tribunal de grande instance de Paris du 13 mai 1980 et déjà longuement étudié (669) rappelle ce principe : "alors que le (doneur d'ordre), loin de renier son engagement fait de la garantie à première demande l'assiette de la mesure conservatoire qu'il a pratiquée, et que la renonciation qu'il a souscrite à discuter l'appel de garantie ne l'empêche pas de faire valoir un droit de créance à l'égard de son cocontractant et ne lui interdit pas d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français, (en particulier celle de la saisie arrêt)."

Les critiques que nous avons faites (670) quant à l'énoncé du principe par le tribunal français portaient uniquement sur son caractère imprécis et la référence qu'il suggérait à la doctrine et jurisprudence française constantes en matière de crédit documentaire. Ne risquait-on pas d'admettre dans l'avenir

(668) De Leval G., *la saisie-arrêt*, Thèse, Liège, 1976, n°26 ; même affirmation en droit français, Radouant, v° Saisie arrêt, n°28 et s.

(669) Trib. gde Inst. Paris, 13 mai 1980, D. 1980, 488 note Gavalda et Stoufflet. Cette décision refusait de rétracter une décision précédente Trib. gde Inst. Paris 7 fév. 1980. Sur cette décision, supra n°302 Cfr. aussi les décisions allemandes, LG Dusseldorf 1 mars 1966 (cité par Zahn, op. cité, 5° éd., 1976, 163, note 126) qui admet la saisie-arrêt et LG München 24 mai 1971 (R.W./AWD 1972, 196) qui refuse, au nom de l'indépendance de la garantie, la saisie arrêt.

(670) supra n° 302.

devant l'imprécision des affirmations parisiennes, toute mesure de sauvegarde visant à empêcher le paiement de la garantie dès qu'il y aurait mise en péril des intérêts du donneur d'ordre (671), ce dernier prétendant avoir bien exécuté son obligation ?

313. Ces critiques rappelées, revenons à l'hypothèse française qui nous permet d'affiner encore notre première conclusion. Certes, il est évident que le donneur d'ordre peut pratiquer saisie-arrêt pour des créances résultant d'un autre marché, le peut-il lorsque la créance certaine évoquée est le retard de paiement dûment constaté de la part de l'importateur dans le cadre du même marché ? Ainsi, par exemple, le donneur d'ordre de la garantie automatique, en même temps bénéficiaire d'un crédit documentaire, peut-il saisir arrêter en vertu de la créance qu'il tient par exemple de l'opération de crédit documentaire pour non paiement de documents en tous points conformes (672). Il semble que le cas français avait trait à cette hypothèse qui risque à notre avis, d'exister parfois sinon fréquemment.

Nous estimons que le donneur d'ordre peut, dans ce cas, saisir arrêter (673).

(671) *A cet égard, nous nous sommes opposés à la saisie-arrêt par le donneur d'ordre pour la créance en dommages et intérêts qui naîtraient de l'appel du bénéficiaire alors que le donneur d'ordre a bien exécuté ses obligations. (supra n° 301 et nos réflexions in Les garanties contractuelles dans le commerce international, n°32)*

(672) *ou sur base d'une lettre de change acceptée et non payée malgré sa venue à échéance.*

(673) *Nos déclarations de 1979 n'avaient malheureusement pas soulevé cette question d'une créance externe à la prestation garantie.*

En faveur de la possibilité de saisir arrêter, Gavalda et Stoufflet (note citée D. 1980, 490 ; op. cité, R.T.D. comm. , 1980, 16) , Simont (Rapport cité, Actes du colloque de Tours, Paris 1981) ; contra, Vasseur, op. cité, n°22 ; Tandeau de Marsac X., Le paiement et ses garanties, DPCI, 1980, n°17.

Nous avons déjà noté que bien souvent la clause de garantie "automatique" en faveur de l'importateur contrebalançait la clause de crédit documentaire en faveur de l'exportateur.

C'est dans la mesure où l'importateur accepte de couvrir les risques liés à un paiement dans le commerce international que l'exportateur à son tour prend en charge les risques liés à l'exécution d'une prestation internationale (674). La clause de garantie automatique n'équivaut pas à faire supporter au donneur d'ordre non frauduleux (675) y compris le risque de non paiement du crédit documentaire malgré présentation de documents conformes.

Le donneur d'ordre de la garantie, bénéficiaire du crédit documentaire ne renonce pas à son droit de créance basé sur l'envoi de documents conformes, ce droit pourra donc permettre la saisie-arrêt:

Ainsi, il y aura possibilité de mesures provisoires

- 1°) dans le cas de mauvaise foi évidente, c'est à dire susceptible d'une preuve rapide et claire, ou de mauvaise foi établie (676) dans le chef du bénéficiaire de la garantie "automatique" ;
- 2°) dans le cas où le donneur d'ordre de la garantie "automatique" peut faire valoir une créance "certaine" sur base d'un autre marché ou même sur base de la non exécution par le bénéficiaire de sa prestation de paiement dans le cadre du même marché.

(674) Nous avons insisté sur l'équilibre que constituaient, dans l'opération du commerce international, d'une part, les mécanismes bancaires de paiement ordonnés par l'importateur au profit de l'importateur, d'autre part, les garanties bancaires ordonnées cette fois par l'exportateur au profit de l'importateur. (Définition et pratique des garanties en Europe, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981 ; cfr aussi, Tandeau de Marsac X., Le paiement et ses garanties, DPCI, 1980, n°3 et s.)

(675) A cet égard, de façon très nette, l'attendu du président du tribunal de grande instance de Paris, le 13 mai 1980 : "Lorsque dans un marché international, un groupement français d'entreprises à sollicité, sur la demande de son client étranger, auprès de la banque, des garanties avec exécution à première demande et renonciation à recherche les motifs de la mise en jeu de cette exécution, le groupement, titulaire de créances, certaines, liquides et exigibles, peut pratiquer une saisie arrêt - sauf fraude consistant à utiliser un moyen détourné pour paralyser la garantie à première demande entre les mains de la banque..."

(676) C'est à dire reconnue par une décision arbitrale ou judiciaire démontrant précise Eisemann (Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arb., 1972, n°11) clairement la mauvaise foi du bénéficiaire.

C. Brèves réflexions à propos des mesures provisoires dans les autres mécanismes tripartites caractérisés par l'abstraction.

314. Nous avons déjà, à plusieurs reprises (677) marqué notre opposition à l'admission de mesures provisoires pratiquées par une des parties contre le bénéficiaire d'un mécanisme tripartite caractérisé par l'abstraction, tels la lettre de change et le crédit documentaire.

Ainsi, l'enseignement français et belge (678) à propos du crédit documentaire permet la saisie-arrêt, auprès de la banque, par le donneur d'ordre des sommes montant du crédit lorsqu'en tant qu'acheteur, et malgré la présentation de documents conformes par le vendeur, il conteste la bonne exécution de la prestation dont le paiement est couvert par l'accréditif (679). Nous ne pouvons admettre un tel raisonnement (679 bis), la clause d'accréditif acceptée par

(677) Cfr not. supra n°225 et n°303

(678) supra n°303, les nombreuses références citées supra n°304, notes 616 et s. Nous avons noté la réticence des auteurs belges et les critiques à l'adresse de la solution française faites par Eisemann et Eberth.

(679) "Certains auteurs ont fait valoir que la saisie du crédit irrévocable se heurterait, du moins quand elle est pratiquée par l'acheteur lui-même - ce qui en fait le plus souvent le cas - au principe d'irrévocabilité. Il est de fait que l'acheteur tend de faire obstacle à la réalisation du crédit au moyen d'une saisie quand il a acquis la preuve que la vente est mal exécutée et entend demander ultérieurement des dommages - intérêts ou réfaction du prix." (Stoufflet J., *Crédit documentaire*, J.cl. comm., Fasc 32. 1976, n°122.

(679 bis) dans le même sens. Epschtein S.. *Les crédits documentaires et la saisie-arrêt*, Banque. 1979, 379.

l'acheteur, donneur d'ordre d'un crédit documentaire, constitue dans le chef de ce dernier une prise en charge provisoire du moins des risques de mauvaise exécution du contrat de vente, risques par ailleurs limités dans la mesure où le vendeur doit présenter des documents conformes ! (680)

La soi-disante créance de l'acheteur devient du fait même de la clause d'accréditif sérieusement contestable. Il en est autrement - et notre raisonnement rejoint celui déjà fait à propos de la garantie "automatique" - uniquement lorsque le vendeur est de mauvaise foi, puisque le crédit documentaire ne couvre pas le vendeur de ce risque, et que cette mauvaise foi est évidente c'est à dire non sérieusement contestable . (681)

En d'autres termes, le fait que le crédit documentaire, en tant que moyen de paiement, la garantie "automatique" en tant que sûreté personnelle sont nés de la nécessité de couvrir les mêmes risques liés à une opération du commerce international, justifie qu'hormis le cas d'une créance certaine préexistante (682), ne soit ouvert au donneur d'ordre d'un crédit documentaire comme à celui d'une garantie "automatique" le droit d'interdire le paiement que lorsqu'il y a fraude "évidente" de la part du bénéficiaire.

315. Une remarque cependant s'impose à propos de cette conclusion : l'"évidence" de la fraude ne doit-elle pas être admise plus largement en cas de garantie "automatique" qu'en cas de crédit documentaire ? Nous le pensons. Dans le second cas, l'allégation de "fraude évidente" par le donneur d'ordre, se heurte à une forte apparence de non vraisemblance, la remise de documents conformes par le

(680) Nous reviendrons sur ce point, infra n°315 qui justifie une interprétation plus large de la notion de fraude "évidente" dans la garantie "automatique"

(681) Dans ce cas, il suffira au donneur d'ordre du crédit documentaire de réclamer du juge des référés une interdiction de paiement.

(682) Les auteurs français ne le nient pas ("La solution donnée doit être la même que s'il se prévalait d'une créance complètement étrangère à la vente" (Stoufflet J. , *Crédit documentaire*, J.cl. comm., 1976, Fasc. 32, n°122)) mais leur raisonnement vise à mettre sur le même pied la créance externe à la vente et la soi-disante créance née de la mauvaise exécution de la vente.

bénéficiaire du crédit documentaire. Dans la mesure où au contraire, le bénéficiaire de la "garantie automatique" n'appuie ses dires d'aucun "document" au sens étroit où nous entendons ce terme (683), le juge ne sera t'il pas plus libre, dans le respect strict du caractère rapide et provisoire de sa décision, d'établir l'évidence de sa fraude ? A cet égard, la décision du tribunal de Francfort du 14 décembre 1979 et celle du président du tribunal de commerce de Bruxelles du 15 janvier 1980 apparaissent comme des signes précurseurs de cette attitude.

Au delà de cette réflexion spécifique, il nous semble important d'émettre quelques conclusions que sous-entend notre analyse des mesures provisoires dans les mécanismes tripartites caractérisés par l'abstraction.

316. Dans chacune des hypothèses (lettre de change, crédit documentaire et garantie "automatique"), nous avons constaté que les limites à l'octroi de mesures provisoires se justifiaient non par une exception légale mais par l'application même des principes qui régissent l'octroi de ces mesures provisoires."

Pour cela, il était nécessaire de souligner l'unité logique que présentait chaque phase de l'opération tripartite et, dès lors, leur interdépendance. Notamment, il fallait mettre en évidence que la mise sur pied d'un mécanisme tripartite "abstrait au sens technique" correspondait à une modification volontaire de l'équilibre naturel d'intérêts propre à la convention de base. Celui qui sur base d'un contrat d'achat-vente, souscrit à la lettre de change comme moyen de paiement voit sa relation avec son cocontractant immédiat transformée et s'engage dès lors à respecter ce nouveau équilibre des intérêts en présence.

(683) Le document est, pour nous, un écrit dont la teneur rend apparent de par la qualité de son auteur ou son contenu: la mauvaise exécution de la prestation (en cas de crédit documentaire)

A ce titre, si une déclaration d'une chambre de commerce attestant la mauvaise exécution de la prestation est un "document", une déclaration non circonstanciée du bénéficiaire lui-même, n'est pas pour nous un document (Cfr notre rapport, Règles d'interprétation pour déterminer le type de sûreté personnelle choisie, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981).

Cette conception nouvelle de l'opération tripartite dénonce l'erreur ancienne : les limites à la possibilité de mesures provisoires sont incompréhensibles et ne peuvent être justifiées si on continue à concevoir l'opération tripartite comme une construction de plusieurs contrats maintenus séparés - et, en ce sens, nous condamnons une fois de plus le fondement même de la théorie de l'acte abstrait (684) - il est au contraire aisé d'admettre ces limites si on affirme l'unité logique - je dirai même téléologique - de l'ensemble des conventions. La référence constante au "sens et but", la cause formelle de la "garantie automatique" - mais le raisonnement doit être étendu aux autres mécanismes tripartites - explique tant les limites de leur abstraction que les limites à l'octroi de mesures provisoires. C'est en effet, l'étude des risques pris en charge suite à la clause de la garantie "automatique" qui nous a permis de comprendre les limites des possibilités laissées au donneur d'ordre pour interdire ou paralyser le paiement du banquier, comme elle nous avait déjà révélé le degré d'abstraction de l'engagement du banquier.

(684) *Sur la contradiction interne de la théorie de l'acte abstrait, supra n°267 (même critique à propos de l'acte unilatéral, supra n°257 et 258) Sur le fait que la théorie de la cause prétend à l'inverse respecter cette unité logique, supra n°277.*

BIBLIOGRAPHIE

O. Ouvrages généraux de droit civil et commercial.

A. Droit allemand

- BAUMBACH - HEFERMEHL, Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 11 éd., München 1973
- BAUMBACH - LAUTERBACH, ZPO Kurz - Kommentar, 35è éd., München 1977
- Code civil allemand traduit et annoté, 2 tomes, Paris 1906
- Das BGB, Grosskommentar der Praxis, T.II, 10è éd., Berlin, 1953
- BGB-RGRK, Reichsgerichtskommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T.I, 2 volumes, Berlin 1960, T.II, 2 volumes, Berlin 1960
- DABIN L., Fondements du droit cambiaire allemand, Thèse Liège 1959
- ENNECCERUS - LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15è éd., Tübingen, 1958
- ENNECCERUS - NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des BGB, T.I, 15è éd., Tübingen, 1959, T.II, 15è éd., Tübingen, 1960
- ESSER J., Schuldrecht, T.I : Allgemeiner Teil, 5è éd., (continué par SCHMIDT E.) Karlsruhe, 1975; T.II : Besonderer Teil, 4è éd. Karlsruhe, 1971
- FIKENTSCHER W., Schuldrecht, 6è éd., Berlin-New-York, 1976
- FLUME W., Das Rechtsgeschäft, 2 tomes, Berlin 1965
- HECK Ph., Grundriss des Schuldrechts, 2è éd., Tübingen, 1929
- KASER M., Römisches Privatrecht, 8è éd., München, 1974
- KLANG O., ABGB Kommentar, 2è éd. Wien, 1951
- KRESS H., Allgemeines Schuldrecht, rééd., Köln, 1974
- LARENZ K., Lehrbuch des Schuldrechts, T.I : Allgemeiner Teil, 11è éd. München 1976; T.II : Besonderer Teil, 11è éd., München 1976
- MEDICUS D., Bürgerliches Recht, Berlin, 8è éd. 1978
- MOTIVE, zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, T.II (Schuldverhältnisse), Berlin, 1885
- PALANDT O., Bürgerliche Gesetzbuch, 37è éd., München, 1977

- PLANCK H., Komm. zum BGB, T.II, Recht der Schuldverhältnisse, 4è éd., Allg. Teil (bearb. Silver), 1914; Bes. Teil, 1928, Berlin
- PROTOKOLLE, der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, T.II, Berlin, 1898
- PUCHTA F.K., System und Geschichte des römischen Privatrechts, Institutionen - T.II, 9è éd., Leipzig, 1881
- SALEILLES R., Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand, 3è éd., Paris, 1925
- SAVIGNY C.F.(von), Traité de droit romain, T.III, Trad. Genoux, Paris, 1843
- SOERGEL-SIEBERT, Bürgerliche Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 9 tomes, 10è éd., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1967-1975
- STAUDINGER J. (von), Komm zum BGB, 11è éd., 18 tomes, Berlin, 1954
- VERHANDLUNGEN, des 8 Deutschen Juristentages, 2 tomes, Berlin, 1870
des 9 Deutschen Juristentages, 2 tomes, Berlin, 1871
- WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9è éd., 1906
- ZWEIGERT-KOTZ, Einführung in der Rechtsvergleichung, 2 tomes, Tübingen, 1975

B. Droit belge

- DEKKERS R., Précis de droit civil belge, 3 tomes, Bruxelles 1954
- DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil belge, tomes 1 à 10, 1941-1947, et compléments (1951)
- DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil belge, 10 tomes, Bruxelles 2è éd., 1964
- FREDERICQ et DEBACKER, Traité de droit commercial, T.X, Bruxelles, 1952
- FREDERICQ L. et S., Handboek van Belgisch Handelsrecht, T.II, Bruxelles 1976
- LAURENT P., Principes de droit civil français, 33 tomes, 5è éd., Bruxelles, 1893
- RENARD- VIEUJEAN-HANNEQUART, Théorie générale des obligations, Nouvelles. T.IV, 1, Bruxelles, 1957
- VAN RYN - HEENEN, Principes de droit commercial, 4 tomes, tome 1, 2è éd. 1976; tomes 2, 3 et 4, 1è éd., 1964 à 1966

- VAN GERVEN W., Beginnselen van Belgisch Privatrecht, T.I, Algemeen deel, Antwerpen, 1969

C. Droit français

- AUBRY et RAU, Cours de droit civil français, 5è éd., T.IV (Paris, 1902); T.VI (Paris 1920)
- BAUDRY-LACANTINERIE, Traité théorique et pratique de droit civil, T.XII à XV, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, avec la collaboration de L. Bard (3è éd., Paris, 1907 - 1908) TXXV à XXVII. Du nantissement et des privilèges, hypothèques et de l'expropriation forcée, avec la collaboration de P. de Loynes, (3è éd., Paris, 1906)
- BOUTERON-LACOUR, Précis de droit commercial, 4 tomes, Paris, 1924-25
- BUFNOIR C., Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations. Leçons recueillies et publiées, Paris, 1900 (2è éd., Paris, 1924)
- CAPITANT H., Vocabulaire juridique, Paris, 1930
- CARBONNIER J., Droit civil, T.IV, Obligation, 6è éd., 1969
- COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 7è éd., 3 vol., 1931-1932
- DEMOLOMBE C., Cours de code Napoléon, 31 tomes, 5è éd. Paris 1880
- DUGUIT L., Traité de droit constitutionnel, T.I, 3è éd., Paris, 1918
- GAUDEMET E., Théorie générale des obligations, 2è éd.(par Desbois), 1937
- HAMEL-LAGARDE-JAUFFRET, Traité de droit commercial, 2 tomes, Paris, 196
- JOSSERAND L., Cours de droit civil positif français, T.II, Paris, 2è éd 1933
- LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France (sur le cautionnement, le tome 15) Paris, 1828
- MARTY et RAYNAUD, Droit civil, T.I, 2è éd., (2 vol.), Paris, 1967; T.II, 2è éd., (2 vol.), Paris, 1965
- MAZEAUD H.L.J., Leçons de droit civil, 4 vol. 4è éd.(revue par M de Juglart), Paris, 1971
- PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, 3 vol., Paris, 1902
- PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil, 14 vol., 2è éd., 1952-1960

- POTHIER R.J., Oeuvres de ... par M. Duñin Aigné, T.I, Bruxelles, 1829
- RIPERT-ROBLOT, traité élémentaire de droit commercial, 8è éd. Paris, 1977
- RIPERT et BOULANGER, traité élémentaire de droit civil d'après le traité de M. Planiol, 4 vol., Paris, 1956-1960
- STARCK B., Droit civil. Les obligations, Paris, 1972
- Travaux de réforme du code civil, session 1947-1948, Paris, 1948
session 1948-1949, Paris, 1949
- WEILL et TERRE, Dalloz. Précis de droit civil. Les obligations, 3è éd. 1976

D. Droit italien

- BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, 2è éd., Torino, 1952
- Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli, Roma, 1943
- GORLA P., Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien, Torino, 1958
- GORLA P., Il contratto, 2 vol., Milano, 1955
- GROSSO G., Il sistema romano dei contratti, Torino, 1945
- MESSINEO F., Dottrine generali di contratto, 3è éd., Milano, 1948
- MESSINEO Fr., Il contratto in genere, in Trattato di diritto civ. e comm., dir. par Cicu e Messineo, Milano, 1968
- Rassegna di giurisprudenza del codice civile, diretta da Rosario Nicolo e Mario Stella Richter, 2è éd., 4 volumes, Milano, 1970
- SACCO R., Il contratto, in Trattato di diritto civile italiano (a cura da Vassali), volume 6, T.II, Torino, 1975
- SANTORO PASSARELLI F., Dottrine generali del diritto civile, 6è éd., Napoli, 1959
- SANTORO-PASARELLI F., Dottrine generali del contratto, 9è éd., Napoli, 1966
- SCONAMIGLIO A., Dei contratti in generale, in Comm. del codice civile a cura di A. Scialoja e Branca, 3è éd., Bologna, 1972
- TRABUCCHI A., Istituzioni di diritto civile, 6è éd., Padova, 1952
- VOLTERRA E., Istituzioni di diritto Romano, Roma, 1961

E. Royaume-Uni

- CHESHIRE and FIFOOT, The Law of Contracts, 7è éd., London, 1969
- WILLISTON S., A Treatise on the Law of Contracts, 3è éd., New-York, 1975

F. Droit suisse

- ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, Neuchatel, 1973
- OSER- SCHONENBERGER, Das obligationenrecht, 1. partie : art.1-183;
2. partie : art. 184-418, 2è éd., Zurich, 1929-1936
- SCHONENBERG W. - JAGGI P., Das obligationenrecht, 1. Abt., 2 Lief.
Art. 1; 3è éd., Zurich 1968
- TANDOOGAN H., Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Genève, 1972
- VON TUHR A., Allg. Teil des schweizerischen O.R., 2 vol. Zurich 1924-25.
trad. française "Partie générale du Code fédéral des obligations" par de Torenté et Thilo, Lausanne 1929-1931, 2è éd., 1933-1934

1. Suretés personnelles.

A. Traités généraux

- ARNTZ N., Cours de droit civil français, T.IV, Du cautionnement,
n° 1488 à 1534, 2è éd., Bruxelles, 1880
- AUBRY et RAU, Droit civil français, T.VI, Du cautionnement §§ 423 à 429,
6è éd., 1951 (par Esmein)
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, Droit civil, T.XXIV, Du cautionnement
n° 909 à 1198, 3è éd., 1907
- BELTJENS G., Encyclopédie du droit civil belge, T.VI, art.1915 à 2281,
3è éd., Bruxelles, 1907
- BENNETT C., v° Guarantee, Halsbury's Laws of England, 4è éd., London,
1978
- BONNER M., Grenzen der Akzessorietät der Bürgschaft, Thèse, Köln, 1958
- DE PAGE H., Traité élémentaire de droit civil belge, T.VI, Le cautionnement, n°832 à 977, Bruxelles, 1942
- DOW, Guarantee and Indemnity, Halsbury's Laws of England, 3è éd., vol 18
1957, Lord Simonds

- DURANTON A., Cours de droit français suivant le code civil, T.X., Du cautionnement, n°244 à 390, 3è éd., Bruxelles, 1834
- FRAGALI M., v° Fideiussione, Encycl. del diritto, Milano, 1968
- GIOVANOLI S., Das neue Burgschäftsrecht, Komm ad art. 492-512, Berner Kommentar, T.VI, Zurich, 1942
- GIOVANOLI S., Komm. ad art. 492-512 O.R., Berner Komm. zum O.R., Titre 20, T.V, a, Zurich, 1978
- HUC Th., Commentaire théorique et pratique du code civil, T.12, art. 1989 à 2091, Paris
- JESTAZ Ph., v° cautionnement, Dalloz, Rép. dr. civ., 1970
- JESTAZ Ph., v° cautionnement, Dalloz, Rép. dr. comm., 1972
- KLUYSKENS O., De contracten (T.IV), Borgtocht, n°532 à 564, 2è éd., 1952
- LAURENT F., Principes de droit civil, T.XXVIII, du cautionnement, n°117 à 321, 2è éd., Bruxelles, 1877
- MARTY et RAYNAUD, droit civil, T.III, 1 vol., Paris, 1971
- MAZEAUD H.L.J., Leçons de droit civil, T.III, vol 1, n° 1 à 53, 4è éd., (par de Juglart), Paris, 1974
- MEINERTZHAGEN - LIMPENS A., v° cautionnement, R.P.D.B., compl. T.V., 1978
- PLANIOL et RIPPERT, Traité pratique de droit civil français, T.VI et VII (avec P. Esmein), Paris 1930-1931 (14 vol., 2è éd., 1952-1960)
- RATZ P., Handelsgesetzbuch, Grosskommentar, T.III, § 349 und Anhang zu § 349, § 350, 3è éd., Berlin, 1968
- RAVAZZONI E., v° Fideiussione, Nuove digesto, Italiano, VII, (1961), 274
- SAUVAGE R., v° cautionnement, Tel, droit civil, (1959), art. 2011-2014
- SIMLER Ph., v° cautionnement, J. cl. civil, art. 2011-2020, 3 fasc., 1973
art. 2021-2027, 1974
art. 2028-2033, 1974
art. 2034-2039, 1974
- SOERGEL-SIEBERT, Bürgerliches gesetzbuch, 10è éd., T.II, Schuldrecht I (§ 241-610) (Bearb : R. Schmidt), 1967, T.III, (§§ 611-853), 1969, Stuttgart.
- TALAMANCA M., v° Fideiussione, Partie Scorica, Encycl. del diritto, vol XVII, 1968, Milan, 322
- TROPLONG R., Droit civil, T.XVII, Du mandat, du cautionnement et des transactions, Paris, 1846
- VEAUX D., v° cautionnement, Dalloz, Rep dr. civ., 1951

B. Thèses-Monographies

- BAR Th., zum Rechtsbegriff der Garantie insbesondere im Bankgeschäfte, Thèse, Zurich, 1963
- BARMANN J., Les garanties de crédit en droit allemand, Paris, 1978
- BARMANN J., Recht der Kreditsicherheiten in Europäischen Ländern. Teil I : bundesrepublik Deutschland, Berlin, 1976
- BECKER L., Personliche Kreditsicherungen im deutschen und französischen Recht, Berlin, 1974
- BO G., Contributo alla dottrina dell' obbligazione fideiussoria, Milano, 1934
- BOETIUS J., Der Garantievertrag, München, 1966
- BOULANGER J., La promesse de porte-fait et les contrats pour autrui, Paris, 1933
- CAMPOGRANDE V., Trattato della fideiussione nel diritto odierno, Torino, 1902
- COUDERT J., Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui Thèse, Nancy, 1957
- CIDIS, Le garanzie reali e personali nei contratti bancari, Milano, 1976
- DUDENHAUSEN W., Bürgschaft und Garantievertrag unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis, Thèse, Bonn, 1936
- FLUME W., Studien zur Akzessorität der Römischen Bürgschaftsstipulationen, Thèse, Weimar, 1932
- FRAGALI M., Della fideiussione, comm. del codice civil, a cura di Scialoja e BRANCA, Bologna-Roma 1962
- FREZZA P., Le garanziedelle obbligazioni, corso di diritto romano, vol I, Padova, 1962
- GILLIERON P.A., Les garanties personnelles en matière bancaire, Thèse, Genève, 1969
- GOUBEAUX G., La règle de l'accessoire en droit privé - Etude sur la maxime : "Accessorium sequitur principale", Thèse, Nancy, 1966, (éd. à Paris, 1969)
- GUILLOUARD E., Traité du cautionnement et des transactions, 8è éd. Paris, 1894
- 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

- HUBER H.G., Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten, in Rechtsproblem der Bankpraxis, Bankwirtschaftliche Forschungen T.36, Berne 1976, p.54 et s.
- KLEINER B., Bankgarantie - Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und andere Vertragstypen mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, Zurich, 2è éd., 1972, 3è éd., 1978
- KLETT D., Der Schutz des Bürgen unter besonderer Berücksichtigung der Formularpraxis der Kreditinstitute, Thèse, Freiburg i Br., 1977
- KUBLER Fr., Feststellung und Garantie, Tübingen, 1967
- LEHMANN A., Durchbrechungen der Akzessorietät der Bürgschaft, Thèse, Berlin, 1922
- LENFANT B., Le domaine du cautionnement en droit commercial, Thèse, Paris, 1959
- MAX PLANCK INSTITUT (HAMBOURG), Le cautionnement dans le droit des pays membre de la Communauté européenne, Travaux de la Commission des Communautés Européennes, Série concurrence, n°14 Bruxelles, 1971
- MOULY C., Les causes d'extinction du cautionnement, Thèse, Montpellier, 1977
- PONSOT D., Traité du cautionnement, Paris, 1844
- RAVAZZONI A., La fideiussione, Parma, 3è éd., 1975
- REUSSER S., Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und anderen Sicherungsverträgen nach schweizerischen Recht, thèse, Berne, 1938
- SCHAFER K.J., Bankkontokorrent und Bürgschaft, thèse, Köln, 1970
- SIGALAS P.E., Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire, thèses, Aix en Provence, 1959
- STRANART THILLY - HAINZ, Recht der Kreditsicherheiten im europäischen Landern, Teil III, Belgie, Berlin, 1978
- Sûretés Personnelles , 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)

- TURLEY W., Die Akzessorietät der Bürgschaft im Recht des Code Civil unter vergleichenden Darstellung des deutschen Reichs, Thèse Halle, 1932
- WATTIEZ J.P., Le cautionnement bancaire, Thèse, Paris, 1964

C. Articles

- BEITZKE N., Bürgschaft für totalenteignete Handelsgesellschaften, NJW, 1952, 841
- BETTERMANN K.A., Akzessorietät und Sicherungszweck der Bürgschaft, NJW, 1953, 1837
- BOSHKOFF D.G., A study of Suretyship in the United States. Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 439
- BOULVERT G., La validité de l'obligation principale dans le cautionnement "verbis" d'après Gaius III, 119-119 A, Etudes offertes à A. Audinet, Paris, 1968, 7
- BYDLINSKI - KOZIOL, Die Persönlichen Sicherheiten im Österreichischen Recht des 19 und 20 Jahrhunderts, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 355
- CASELLA M., Le garanzie personali in Italia nei secoli XIX e XX, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 179
- COING H., Bürgenschuld und Leistungsverweigerungsrecht aus § 21 IV UmstG., NJW, 1951; 384
- DEIANA G., Attribuzioni indirette ed attribuzioni onerose nel contratto di fideiussione, Rev. dir. civ., 1939, 441 et s.
- DE RYKE W., "Artikel 2037 B.W. inzake Borgtocht. Enkele moeilijkheden : Recht in Beweging", Opstellen aangeboden aan Prof. M. Ridder R. Victor, Antwerpen, 1973, 363 et s.
- FAVARA E., Fideiussione di obbligazione principale invalida e validità della clausola che estende la garanzia fideiussoria anche a tale ipotesi, Econ e cred, 1974, 936
- FEENSTRA R., Die Bürgschaft im Römischen Recht, Rec. Soc. J. Bodin, T. XXVIII, 150
- FEENSTRA R., Le caractère accessoire des différents types de cautionnement "verbis" en droit romain classique, Etudes offertes à J. Macqueron, Aix en Provence, 1970, 309
- FRAGALI M., L'accollo del debito da Parte del suo fideiussore, B.B. e tit di C., 1966, I, 381
- FRAGALI M., L'avallo del debito da parte del suo fideiussore, B.B. e tit di C., 1966, I, 381

- FRAGALI M., Il richiamo a norme dell' avallo nel regime convenzionale della fideiussione, e tit. di cred., 1967, I, 313
- GILISSEN J., Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, Essai de synthèse générale, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXVIII,
- GORE Fr., Le contrat de commission, Le commissionnaire ducroire in Mélanges Hamel, Paris, 3è éd., 1949
- GHIROTTI G., La fideiussione dell'obbligazione prescritta, Riv. dir. civ. 1938, 460
- GOFFIN P., Les sûretés personnelles en Belgique aux XIX et XX siècles, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 121
- HEMARD J., Les sûretés personnelles en Europe occidentale au XIX et XX siècles. Rapport général. Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 7
- HORN N., Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW, 1980, 2153
- JAUERNIG O., Vertragshilfe, Wegfall der Geschäftgrundlage und Bürgschaft NJW, 1953, 1207
- LOREVAAR J.D., Les sûretés personnelles en U.R.S.S., Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 461
- LALLEMENT D., v° cautionnement, Dalloz, Rép. dr. comm., 1970
- LEISER W., Die persönliche Sicherheit im deutschen Recht des 19 und 20 Jahrhunderts, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 283
- MACCARONE S., v° Contratto autonomo di garanzia. Dizionari del diritto privato, Diritto commerciale (a cura di H. Carnevoli), Milano, Giuffré, 1980
- NANCINI T., Intorno alla causa delle fideiussione, Giust. civ., 1969, IV, 61
- MEDICUS D., Die Akzessorietät im Zivilrecht, JuS, 1971, 497
- MORNHANN W., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft, W.M., 1963, 930; W.M., 1968, 666
- OFTINGER K., Ueber Bankgarantien, SJZ, 1941, 58
- PAWLOWSKI H.M., Feststellung und Garantie, JZ, 1968, 401
- PIKART H., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bankvertrag, W.M., 1957, 1238
- PIKART H., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bürgschaft, W.M., 1958, 798
- REICHWEIN H., Bankgarantie und Bürgschaft, 52, SJZ, (1956), 374

- SCHLÜTER W., Der Einfluss des Erlöschens einer juristischen Person auf die für ihre Verbindlichkeiten übernommene Bürgschaften, J.W., 1935, 3282
- SCHWARZ A.B., v° Garantievertrag und Bürgschaft, in Rechtsvergleichen des Handwörterbuch für das Zivils- und Handelsrecht, Berlin 1931
- STAEHELIN A., Die Persönlichen Sicherungen im Schweizerischen Recht des 19 und 20 Jahrhunderts, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX, 323.
- STAMMLER R., Das Garantievertrag, 69, Acl., (1886), 1
- STOTTER V., Die Kreditbürgschaft, Insbesondere ihre Beendigung, 21, D.B.(1968), 603
- TERRE F., Les sûretés personnelles en France, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXX. 91
- TIMBAL C., Les sûretés personnelles dans la France centrale, Rec. Soc. J. Bodin, T.XXIX, 35
- (VON) TUHR A., Bemerkungen zum Burgschaftsrecht, (19), S.J.Z., 1923, 224
- VEITH W., Der Einfluss der ostzonalen Enteignung auf die Bürgschaft, MDR., 1951, 258
- WATTIEZ J.P., Le cautionnement bancaire. Le domaine du cautionnement in J. cl. droit communal. Annexe, Fasc. 34, 11, 1965
- WEBER H.J., Die Bürgschaft, JuS, 1971, 553
- WEBER H.J., Sonderformen der Bürgschaft und Verwandte Sicherungsgeschäfte, JuS, 1972, 9

D. Notes et observations.

- AGOSTINO A., Sul'estinzione della fideiussione prevista dall'art. 1956 Codice Civile. Note sous Cass. 13 juin 1967, Giur it., 1968, I, 1, 332
- ANGELONI C., Fideiussione per obbligazione indeterminata. B.B. c Tit. di C., 1954, I, 67
- BATTIFOL H., Cautionnement Contrat international. Droit applicable, note sous Cass. 15 fév. 1972, rév. crit. Dr. Int Privé, 1972, 77
- BETTERMANN K.A., Akzessorietät und Sicherungszweck der Burgschaft, note sous BGH 3-7, 1951, NJW, 1953, 1918
- BRUYNEEL A., De Borgstelling tot waarborg van alle verbintenissen van een schuldenaar tegenover zijn schuldeiser, note sous Bruxelles 23 fév. 1973, R.W., 1973-74, col. 1057 et s.

- CABRILLAC-RIVES-LANGE, Cautionnement art.2037 CC., obser. sous Cass. 9 fév. 1970, Rev. Trim. di comm. 1970, p.461
- CAPOBIANCO, Rassegna di giur.risprudenza sulle Fideiussione, in B.B. e tit. di Cred., 1960, I, 430 et s.
- CAVIN R., Cautionnement. Recours en enrichissement illégitime, note sous T.F. 17 oct. 1944, J.T.(s) 1945, I,p.268
- CHERON A., Acceptation cambiaire et cautionnement note sous Cass. 28 déc. 1927, D.1929, I, 13
- CHEVALIER R., Cautionnement, art.2037 CC. observ. sous Cass 5 oct. 1964, Rev. Trim. dr. civ. 1965, P.344
- CURCIO F., Assunzione di fideiussione dopo il compimento delle presunzione dell'obbligazione principale, note sous Cass. 3 août 1936, Giur. it. 1937 col. 561
- FAVARA E., Rinuncia ^cpræventiva del fideiussore di obbligazione futura all'eccezione di liberazione per mutamento delle condizione patrimoniale del debitore, note sous Cass. 7 août 1967, BB e tit. di. C., 1967, II, p.520 et s.
- GORE Fr., Cautionnement illimité, Etendue. Note sous Lyon 14 fév. 1956 D. 1957, J, 166
- FRAGALI M., La prova dell'ammontare del debito del fideiussore. Note sous trib. Florence 11 mars 1964, BB, 1964, p.57 et s. e tit di C.
- GIORDANO B., Sul'fondamento dell' art 1957 CC., note sous Napoli 1 oct. 1951, BB e tit di C. 1952, p.55
- GROSLIERE M., Emploi d'une lettre de change et effet de cautionnement. Note sous Cass 23 juin, 1971, JCL, 1972, II, 17.185.
- GUENEE, Cautionnement, art 2037 CC, note sous Cass. 4 nov. 1896, D.P. 1897, p.571
- GULPHE Avt Gén., Cautionnement solidaire - Déchéance du terme encourue par le débiteur Extension à la caution (non) note sous Cass. 20 déc. 1976, JCP, 1977, II, 18611
- HEENEN J., L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance, note sous Cass. 16 juin 1960, RCJB 1962, p.301 et s.
- HOUIN R., Caution solidaire - Remise concordataire - Bénéfice à la caution (non) note sous Cass 13 juillet 1955, RTD Comm. 1955 897

- IVAINIER T., Cautionnement- art 2037 CC, note sous Cass. 6 oct. 1971 - D 1972 I; 316
- JAVERNIG O., cautionnement-accessoriété , note sous BGHZ, 6, 385, NJW 1953, 1207
- KUHN, die Rechtsprechung des BGH über die Sicherungsübereignung , Bürgschaft und Garantie, WM, 1955, p.670
- LACOUR, Acceptation bancaire et cautionnement, note sous Cass. 17 nov. 1909, 21 mars 1910, DP, 1912, I, 281
- LE GALCHER-BARON, L'obligation de garantie; obstacle à une action en nullité pour incapacité. RTDC, 1959, p. 257
- LEVY, Garantie - cautionnement, note sous RG, JW, 1923, 368
- LYON CAEN Ch., Cautionnement - Prorogation d'échéance, art. 2037 - concordat, note sous Cass. 6 fév. 1906, S. 1906, 1, 481
- LYON CAEN G., Cautionnement illimité - Etendue, note sous Paris 14 mars 1962, D 1962, p.710
- MARCO SPARANO, Rassegna di giurisprudenza sulla fideiussione, BB e tit. di C. 1977, I, p.224
- MARIN X., Cautionnement, art. 2037 CC, Note sous Cass. 27 oct. 1969, Banque 1972, p.1044
- MARTIN L.M., Cautionnement art. 2037 CC, note sous Cass. 21 fév. 1977, Banque 1977, p.1247
- MARTIN L.M., Cautionnement illimité. Etendue, note sous Cass. 8 mars 1971, Banque, D. 1972, p.622
- MARTIN L.M., Cautionnement, art. 2037 CC, note sous Paris 5 juillet 1971, Banque 1972, 1043 et s.
- MARTIN L.M., Cautionnement illimité - Etendue, note sous Cass. 8 mars 1971, Banque 1972, p.262
- MARTIN L.M., Cautionnement. Doc. note sous Poitiers 19 mai 1971, Banque 1972, p.626
- MARTY G., Cautionnement solidaire - moratoire accordé au débiteur principal. Bénéfice à la caution (non) obs. sous Cass. 28 fév. 1939 R.T.D. civ., 1939, 783
- MARWEDE J., Cautionnement avec renonciation à l'exception de transaction Nature juridique - contrat de garantie, note sous OLG Frankfurt 22 octobre 1974, BB, 1975, 985
- MAZEAUD H., cautionnement, Doc. note sous Paris 17 déc. 1953, rev. trim dr. civ. 1954, p.474
- MORMANN W., Die Rechtsprechung zur Bürgschaft, W.M. 1968; 666
- MORMANN W., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Bürgschaft, W.M., 1974, 962

- NOCCELLI A., Promessa del fatto illecito del terzo, contratti unilaterali e causa indiretta dell' obbligazione, note sous Cass. 19 décembre 1975, Foro it. 1976, I, 1583
- OERTMANN J., Garantie- Cautionnement, note sous OLG Hamibourg 12.1. 193 J.W., 1934, 1925
- OERTMANN J., Garantie - Cautionnement, note sous RG 28 sept. 1917, J.W. 1818, p.36
- PLANIOL M., Déchéance du terme suspensif et sort du cautionnement, note sous Cass. 3 juillet 1890, D.P., 1890, 1, 5
- Poggi, Eccezioni del fideiussore e limiti oggettivi della obbligazione fideiussoria. Note sous Cass. 22 janv. 1958, BB et tit. di C. 1958, II, p.169, et s
- PONCELET R., Cautionnement d'agents de change, note sous Brux. 2 juin 1965, et trib. civ. Charleroi, 19 janv. 1960, Jur. comm. Belg. 1968, p.95 et s.
- R_G. P, Cautionnement Agents de change, note sous Cass. 20 juin 1968, J.T., 1968, p.472
- SABATO(di) A., In tema di fideiussione per obbligazione di indeterminato ammontare, note sous Cass? 31 janvier 1957, Rev. dir. ci 1958 II, 227
- SCHNEIDER H. Sort de la caution d'un débiteur exproprié, note sous _RG 20 mai 1935, J.W., 1935, 2625
- SIMLER Ph., Cautionnement. Engagement limité . Poursuite du créancier après échéance pour dette contractée avant, note sous Paris 28 nov. 1975, JCP 1976, II, 18263
- SIMLER Ph., Caution, art. 2037 - Conditions d'application, note sous Cass. 3 novembre 1975, JCP 1978, II, 18891
- SIMLER Ph., Cautionnement d'une société n'ayant jamais existée , ' Cautionnement donné d'un débiteur en sa qualité de gérant d'une société en participation, note sous Cass. 20 déc. 1977, JCP, 1979, II, 19155
- SIMONT - BRUYNEEL, Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d'un débiteur envers son créancier, note sous Cass. 7 janvier 1972 et Brux. 23 fév. 1973, RCJB 1974, p.204 et s.
- STEINMETZ F., Cautionnement = acte à titre onéreux, note sous Cass 21 novembre 1973, D.1975, p.549
- VOULET J., Cautionnement, Engagement exprès, note sous Cass. 24 avril 1968, D. 1968, J.359

2. Acte abstrait et cause

2.1. En général.

A. Thèses, monographies, ouvrages spécialisés.

a) Droits français et belge.

- 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) 3è éd., Paris, 1927.
- DE PAGE H., L'obligation abstraite en droit interne et comparé, Bruxelles, 1957.
- DUEZ P., La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations, thèse, Lille, 1914.
- GHESTIN J., La notion d'erreur dans le droit actuel, thèse, Paris, 1971.
- GUINLE J.Ph., La philosophie du droit de Hegel et le développement de la volonté, thèse (dactylographiée), Paris, 1974.
- MAURY J., Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français, 2 tomes, thèse, Paris, 1920.
- OSIAS L., L'acte abstrait en droit comparé - Etude de doctrine et de législation, thèse, Paris, 1924.
- 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.
- POULLET Y., Cause et acte abstrait : sens et fonction de ces notions en droit comparé, à paraître.
- THOMAS Y.P., Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain, 2 tomes, thèse, Paris, 1976.

b) Droits allemand, italien et suisse.

- BAHR O., Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund,
1° éd., Kassel und Göttingen, 1855,
2° éd., Kassel und Göttingen, 1857,
3° éd., Leipzig, 1894.
- BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, in Trattato di diritto civile (diretto da F. Vassalli) vol V, T.II, Torino, 1952.

- BETTI E., Teoria generale delle obbligazione, Milano, 1953-1954, vol II.
- CREUTZIG I., Das selbständige Schuldversprechen, thèse, Basel, 1968
- DE NOVA G., Il tipo contrattuale, thèse, Padova, 1974.
- HECK Ph., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen, 193.
- KUBLER F., Feststellung und Garantie, thèse, Tübingen, 1968.
- LARENZ K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2è éd., Berlin, 1968
3è éd., Berlin, 1975.
- LARROUMET C., Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé, thèse, Bordeaux, 1968.
- RADBRUCH G., Rechtsphilosophie, 4è éd., Stuttgart, 1950.
- RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA, sul Codice civile diretta da Rosario Nicolò, M.S. Rechter, Livre IV, T.II, art. 1321-1410, Milano, 1971.
- STAMPE E., Das causa - Problem des Civilrechts. Eine Rechtsprolittische Studie zu § 365 BGB - Greifswald, 1904.
- WESTERMANN H.P., Die causa im französische und deutsche Zivilrecht, thèse; Köln, 1964.
- WINDSCHEID B., Die lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Dusseldorf, 1850.
- YUNG W., La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse, thèse, Genève, 1930.

B. Articles.

a) France et Belgique.

- ANDRE - VINCENT Ph. I. (O.P), L'abstrait et le concret dans l'interprétation, Arch. Ph. du droit, 1972, 135.
- COIPEL M., L'erreur de droit inexcusable, observ. sous Cass. 10 avril 1975, RCJB, 1978.
- DABIN J. In pari causa turpitudinis cessat repetitio : Fondement, conditions et champ d'application de l'adage, observ. ss Cass. 8 déc. 1966, RCJB, 1967; p.25 et s.
- DIKOFF L., Le code civil connaît-il des actes construits comme des obligations abstraites ?, rev. trim. dr. civ., 1932,357.

- GHESTIN J. observ. ss. Paris 18 déc. 1963, JCP, 1965, II, 14060.
- GUINLE J.P., Hegel et le contrat, ann. Fac. de droit et des sc. économique de Sceaux, 1973, 323.
- MAURY J., V° cause, Rép. droit civil, Dalloz, 1970.
- ROTONDI M., Considération en "fait" et en "droit", rev. trim. dr. civ., 1977.
- VAN OMMESLAGHE P. , Observation sur la théorie de la cause dans la doctrine et jurisprudence modernes, note sous Cass. 13 nov. 1969, RCJB 1970, 358.
- VIVANT M. , Le fondement juridique des obligations abstraites, D, 1978, Chron. p.39.

b) Allemagne, Italie, Suisse.

- BETTI E., Der Typenzwang bei dem römischen Rechtsgeschäften und die sog. Typenfreiheit des heutigen Rechts in Festschrift für Wenger, 1944, 249.
- COHN E., Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte, Acl, 135, 67.
- CREUTZIG I., Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite, rev. int. dr. comp., 1969, 369
- GIORGIANNI M., v° causa (dr. priv.) in Encyclopedia del diritto, 1960, T.IV, 547.
- KOZIOL H., Zur Gültigkeit abstrakter Schuldverträge im österreichischen Recht in Gedenkschrift für F. GSCHNITZER, Innsbruck, 1969.
- LENEL O., Die Lehre von der Voraussetzung, Acl. 74, 213.
- RUMELIN M., Zur Lehre von der Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen des BGB, Acl., 970, 211; Acl. 98, 169.
- SACCO R., Autonomia contrattuale e tipi, Priv. dir. e proc. civ., 1966, 785.
- SCALISI V., v° negozio Astratto, in Enc. giur. del diritto, T.XXVII 1978, 53.
- SIMONIUS A., Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in Festschrift des Basler Juristenfakultät zum Schweiz. Juristentag, 1942, 231.

- SIMONIUS A., La cause des obligations en droit suisse, in Mél. H. Capitant, 1939, 753.
- VON THUR A., Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB, in Festschrift für A Schultze, Strasbourg, 1903, 25.
- ZEISS W., Der rechtliche Grund (§812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitleistungen, AcP., 164, 50.
- ZWEIGERT K., Serionitätsindizien, J.Z., 1964, 349 et s.; Du sérieux de la promesse, rev. int. dr. comp., 1964, 33.

2.2. Doctrines et jurisprudences françaises et belges relatives au débat cautionnement causal - cautionnement abstrait.

- BOULOC M., La jurisprudence récente en matière de cautionnement, rev. jur. comm., 1978, 241.
- CABRILLAC - RIVES - LANGE, Aval. art. 2037 CC. Renonciation, erreur. observ. sous Cass 12 mars 1969, Rev. trim. d. comm. 1969, 773.
- CLAIROUIN TOUCHARD D., cautionnement illimité - Etendue, note sous Paris 1 mars 1971, D. 1971, 335
- CLAIROUIN TOUCHARD D., cautionnement illimité - Etendue, note sous Cass. 8 mars 1971, D. 1972, 262.
- DESFRGES D., Cautionnement - modification de la société cautionnée, note sous Rouen 5 fév. 1971, G.P., 1972, 33.
- FORIERS P.A., Le cautionnement et la responsabilité du banquier donner de crédit, note sous Bruxelles 27 sept. 1978, jur. comm. Belg. 1979, I, 268.
- GAVALDA STOUFFLET, cautionnement - Insolvabilité préexistante du débiteur - libération de la caution, obs. sous Paris 15 nov. 1974 in Chronique de droit bancaire, J.C.P., 1976, I, 2801, N°66.
- HOUIN R., cautionnement - Erreur de droit sur les conséquences de l'engagement - note sous Cass. 22 fév. 1943, J.C.P. 1944 II, 2649
- HOUIN R., cautionnement-Transformation de la société cautionnée, observ. sous Cass. 8 juillet 1969, rev. trim. dr. comm. 1970, 160
- HOUIN R., Cautionnement-Transformation de la société cautionnée, observ. sous Rouen 28 janv. 1971, rev. trim. dr. comm. 1973, 294.
- HOUIN R. cautionnement-Transformation de la société débitrice, note sous cass. 8 nov. 1972 et trib. comm. Paris 10 mars 1972 R.T.D., comm., 1973, 294.

- MALAURIE Ph., cautionnement - Transformation de la société cautionnée, note sous Cass. 9 avril 1973 et 8 nov. 1972, D. 1973, 753
- MALAURIE Ph., cautionnement - Insolvabilité du débiteur principal, note sous Cass 1 mars 1972, 27 juin 1973, D. 1973 733
- MARIN X., cautionnement - Insolvabilité du débiteur principal, note sous Cass. 26 mai 1956, Banque, 1956, 721
- MARIN X., cautionnement - Insolvabilité du débiteur principal, note sous Aix en Prov. 12 fév. 1969, Banque, 1969, 312
- MARTIN D., cautionnement - Transformation de la Société cautionnée, note sous Cass. 8 nov. 1972, G.P., 1973, I, 143
- MARTIN L.M., cautionnement - Transformation de la société cautionnée note sous Lyon 21 janv. 1971, Banque, 1973, 504
- MARTIN L.M., cautionnement - Transformation de la société cautionnée noté sous Paris 21 janv. 1972, Paris 7 juillet 1971, Rouen 5 fév. 1971, Banque 1972, 299
- MARTIN L.M., cautionnement - Absorption de la société cautionnée, note sous Amiens 3 mai 1977, Banque 1978, 258
- MAZEAUD H., cautionnement - Erreur de droit sur les conséquences de l'engagement, note sous Cass. 22 fév. 1943, Rev. trim. dr. civ. 1943, 184
- PARLEANI G., cautionnement - Caution PDG de la Société cautionnée, Cessions de l'entreprise - Renonciation au bénéfice de la caution, note sous Douai 18 mai 1977, JCP, 1979, II, 19169
- PRIEUR H., cautionnement - Transformation des relations familiales entre la caution et le débiteur principal, note sous Cass. 24 juin 1969, JCP 1970, II, 16221
- REMOND - GOUILLOUD M., l'influence du rapport caution - débiteur sur le contrat de cautionnement, JCP, 1977, I, 2850
- SAVATIER R., cautionnement - Transformation de la société cautionnée note sous trib. comm. Seine, 19 juin 1962, D. 1962, 769
- SIMLER Ph., cautionnement - Acte authentique - Erreur sur le montant cautionné, note sous Cass. 3 déc. 1973, JCP, 1976, II 18312
- SIMLER Ph., cautionnement - Caution administrateur - Cessation de fonctions - Non révocation du cautionnement, note sous cass. 16 fév. 1977, JCP, 1979, II, 19154

- SPITERI P., cautionnement, Absorption de la société cautionnée, note sous Cass. 16 nov. 1971, JCP 1972, II, 17035
- VELU S., Libération de la caution sur base d'exceptions, note sous trib. de comm. Bruxelles, 16 juin 1975, Rev. de la Banque, 1976, 298.

3. Droit cambiaire et droit du cheque

A. Ouvrages

- ANGELONI V., La cambiale e il vaglia cambiano, 4è éd. Milano, 1964
- BAUMBACH - HEFERMEHL, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 9è éd., München, 1967
- BRETHE J., Théorie juridique des titres à ordre, R.T.D.C., 1932, 620
- CABRILLAC M., La lettre de change dans la jurisprudence, 2è éd. Paris, 1978
- DE VROEDE P., De cheque, de Postcheque en de reischeque, Antwerpen, 1979
- FONTAINE J., De la lettre de change et du billet à ordre, Nouvelles, Droit commercial, T.II, Bruxelles, 1950
- FRIEDEL J., De l'inopposabilité des exceptions en matière d'effets de commerce, thèse, Paris, 1951
- LESCOT P., Des effets de commerce, Paris, 1935
- RONSE J., Wisselbrief en orderbriefje, Leuven, 1974
- FONTAINE J., De la lettre de change et du billet à ordre, Nouvelles, Droit commercial, T.II
- PABBRUWE L., MYNSEN, De garantie voor de nemer van een betalcheque, Nederlands Juristenblad, 1972, 761
- ROBLOT R., Les effets de commerce, 2è éd., Paris, 1975
- RONSE J., Wisselbrief en Orderbriefje, 2 tomes, Leuve, 1972
- ROSSI G., L'avallo come garanzia cambiaria tipica, thèse, Milano, 1972
- SOMMADE R., Le régime juridique de la vente à crédit, Paris, 1959
- ULMER E., Das Recht der Wertpapiere, München 1938
- WENTZEL K., Das Scheckkartenverfahren der deutschen Kreditinstituten, thèse, Köln, 1974

- WURSCH R., Das Kreditkarte nach schweizerischem Privatrechte, thèse Freiburg, 1975
- ZEVENBERGEN C., Leerboek van het nederlandse recht der Order-en Toonderpapieren, Zwolle, 1951

B. Articles et Notes

- BECQUE - CABRILLAC, Aval. Exception du défaut de provision. Opposabilité par la caution, note sous Cass. 10 oct. 1955, R.T.D. comm., 1956, 290
- ROBLOT R., Aval. Exceptions opposables par l'aval, note sous trib. comm. Seine 17 juin 1949, J.C.L., 1949, II, 5174
- BECQUE - CABRILLAC, Aval. Art. 2037. Applicabilité (oui), obs. sous Paris 31 oct. 1950, R.T.D. comm., 1951, 96
- BECQUE - CABRILLAC, Aval. Art. 2037 CC - Applicabilité (oui) observ. sous Paris 24 fév. 1955, R.T.D. comm., 1955, 852
- BECQUE - CABRILLAC, Aval. Art. 2037. Applicabilité (oui) obs. sous Cass. 5 janv. 1957, R.T.D. comm., 1958, 124
- CHERON P., Vers l'unification du droit du change, Ann. dr. comm., 1929, 27
- CHERON P., Aval. Nature juridique. Applicabilité des règles relatives au cautionnement, note sous Paris 4 avril 1927, D.P., 1928, 2, 84
- COPPENS P., L'aval sans mention du débiteur garanti, note sous Cass. 26 janv. 1961, RCJB, 1961, 442
- DALLEYES J.L., La carte garantie de chèques. Fonction et nature juridique, ZSR, 1974, 144
- EISENHARDT U., Die rechtliche Bedeutung des Scheckkartennummervormerks auf dem Scheck, MDR, 1972, 729
- FRAGALI M., Fideiussione di obbligazione avallata e fideiussione dell'avalante, note sous Rome 30 janvier 1963, BB e tit. di. C. 1964, 570
- GERMAIN J.C., Etude sur la nature juridique de la carte de chèques et de la carte de crédit, rev. de la banque, 1969, 319
- HAMEL J., Aval par acte séparé, note sous Cass. 7 mars 1944, D.P. 1945, 73
- HOUIN R., Aval. Exceptions opposables par l'aval, note sous trib. comm. Seine 17 juin 1949, Rev. Trim. Dr. comm., 1949, 503
- LESCOT P., Aval, art 2037 CC, note sous Cass. 10 mai 1927 et 19 déc. 1927, S. 1928, I, 147

- LESCOT P. Aval - Art. 2037 C.C. - Applicabilité (non), note sous Cass. 28 oct. 1952, J.C.L., 1953, II, 7588
- LESCOT P., Aval - Art. 2037 C.C. - Renonciation, note sous Paris 5 oct. 1966, J.C.L., 1967, II, 15.301
- LESCOT P., Aval - Acte séparé, note sous Colmar 7 juill. 1967, JCP, 1968, II, 15444
- LESCOT P. Aval - Absence de mention du bénéficiaire, note sous Aix en Prov. 19 juin 1968, JCP 1969, II, 15854
- LIEBAERT J., Wordt de verbintenis van de avalgever voor de betrokken acceptant uitgedoofd krachtens artikel 2037 B.W.B. ingevolge nalatigheid van de houder ?, Rev. Banque, 1967, 155
- LIEBAERT J., Nature de l'engagement du banquier envers les porteurs de chèques dits garantis, Rev. de la Banque, 1970, 755
- MARIN X., Aval - Art 2037 CC., note sous trib. de Bourg en Bresse, 14 sept 1949, Bnaue 1951, p.240
- MONTOUT - ROUSSY N., La situation juridique ambiguë du donneur d'aval D. 1974, 197
- POULLET Y., Aval inefficace - Cautionnement - Commencement de preuve, Note sous Trib. civ. Neufchâteau, 6 fév. 1980, R.R.D., 1980, 117
- ROBLLOT R., Aval - Art 2037 CC., note sous Montpellier 1 fév. 1954, et Lyon 22 mars 1954, JCP, 1955, II, 8469
- ROBLLOT R., v° aval, Dalloz, Rép. dr. comm., 197
- ROBLLOT R., aval - Art. 2037 CC. - Applicabilité (non), note sous Montpellier 1 fév. 1954, JCP. 1955, II, 8469
- ROBLLOT R., Aval - Acte séparé, note sous Rouen 21 sept 1973, D. 1974 274
- SIGALAS P.A., Aval de la lettre de change et cautionnement du rapport fondamental : réflexions sur l'arrêt de la chambre civile, section commerciale de la cour de cassation du 2 mars 1964, R.T.D. comm. 1965, 494
- SINAY H., La situation juridique du donneur d'aval, R.T.D.C., 1954 19
- ROBLLOT R., Les effets de commerce, Paris, 1975
- SCHAUDWET M., Rechtsfragen der Scheckkarte, NJW, 1968, 9

- (VAN) SCHOOR (Proc Génér.), Aval - Opposabilité des exceptions inhérentes à la dette principale, concl. sou
Cass 24 mai 1901, Pas. 1901, I, 263
- SPIRO K., Fragen zur Wechselbürgschaft, in Aequitas und bona Fides,
Mél. A. Simonius, 374
- VAN OVERBROEK A., A propos d'un mode d'extinction du cautionnement :
l'article 2037 C.C., Rev. Banque, 1968, 427
- WYMEERSCH E., De chequekaart in Belgie juridische Aspecten, T.P.R.,
1971, 265
- ZAHRT H.C., Die Sicherheit der Schecke in Lösung, Thèse, Berlin, 197
- ZOLLNER W., Zur rechtlichen Problematik der Scheckkarte, B.B.,
1968, 559

4. Droit bancaire et du crédit en général

A. Ouvrages

- BOUDINOT-FRABOT, Technique et pratique bancaires, 3è éd., Paris,
1974
- CANARIS Cl. W., Bankvertragsrecht, Berlin, 1975
- DIERYCK A., Les ouvertures de crédit - Etude juridique - Bruxelles,
1945
- ESCARRA J., Principes de droit commercial, T.VI, Banques et opéra-
tions de banque, 2è éd., Paris, 1952
- FERRONIERE - de CHILLAZ, Les opérations de banque, 5è éd., Paris,
1976
- FREDERICQ L., Droit commercial belge, T.IX, Banque et opérations de
banques, Bruxelles, 1958
- GAVALDA - STOUFFLET, Droit de la Banque, Paris, 1974
- Gesetz über das Kreditwesen mit Nebensbestimmungen. Textausgabe mit
auführlicher Einleitung und Erläuterungen von H. Delorme und H.
Schicht, 9è éd., Frankfurt, 1973
- GUTTERIDGE - MEGRAW, The Law of Bankers' commercial credits, 5è éd.,
London, 1976
- HARFIELD H., Bank credits und acceptances, 5è éd., New York, 1974
- HENRION R. (avec la collab. de H. Simonet), Aspects juridiques et
économiques du crédit à court terme, 2è éd., Bruxelles,
1965.

- JURIS CLASSEUR COMMERCIAL, Banque. Bourse, Change, T.I et II, sous la direction de Gavalda et Sontfflet, Paris, 197
- KEMMER - RADLINGER, Technik der Aussenhandelsfinanzierung, 3è éd. Frankfurt, 1972
- (VAN) MAELE A., Droit bancaire, Nouvelles, Bruxelles, 1951
- MEGRAH - RYDER, Paget's law of Banking, 8è éd., London, 1972
- MESSINEO F., Operazioni di Borsa e di Banca, studi giuridici, Milano 1966, 3è éd.
- MOLLE G., I contratti bancarie, Milano, 1966
- NIELSEN J., Das Bankrecht, 4è éd., München, 1978
- PORTALE G.B. (a cura di), Le operazioni bancaire, 2 tomes, Milano, 1978
- RATZ P., Handelsgesetzbuch, Grosskommentar, T.III, §§343-351, 3è éd. Berlin, 1968
- RODIERE - RIVESLANGE, Précis de droit bancaire, Paris, 1973
- VAN RYN - HEENEN, Principes de droit commercial, T.III, Bruxelles, 1972
- SCHINNERER E., Bankverträge, T.I., 2è éd. Wien 1961
T.II., 2è éd. Wien 1966
T.III., 2è éd. Wien 1963
- SCHINNERER - AVANCINI, Bankverträge, 3 tomes, 3è éd., Wien, 1973,197
- SCHONLE H., Bank und Börsenrecht, 2è éd., München, 1976
- SIMON - CORDIER (revu par L.M. Martin), Précis de droit commercial et contentieux bancaire, 2è éd., Paris, 1975
- SUDA S., Die Kreditleihe im Aussenhandel, Wiesbaden, 1958
- UNGER P., Aussenhandelsfinanzierung, München, 1963
- VASSEUR M., Droit et économie bancaires, 3 tomes, Paris, 1976,1977
- (VON) WESTPHALEN F., Rechtsprobleme der Exportfinanzierung, 2è éd. Heidelberg, 1978

B. Articles

- ASHTON, Banking instruments, The Bill and the Credit, Journal of the Institutes of bankers, 1962, 24
- ESCARRA J., Financement en France du commerce international, Rev. de la Banque, 1947, 401 et s.
- FOLCO C., Les paiements par l'intermédiaire des Banques, Rev. trim. dr. comm., 1954, 53 et s.
- GESSLER J., Besprechung zu Zahn, Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, AWD, 1968, 452 et s.
- HENRION R., Les garanties juridiques du donneur de crédit, Rev. de la Banque, 1966, 115 et s.

5. Garantie

A. Ouvrages, thèses, monographies

- Actes du colloque de Tours : les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Paris, 1981.
(Nous n'avons malheureusement pu consulter que quelques rapports qui sont repris dans la suite de cette bibliographie).
- AUHAGEN, Das Garantie "auf erstes anfordern zu zahlen", thèse, Wuppertal, 1966
- BERGSTROM - SCHULTSZ - KASER, Garntievertrag im Handelsverkehr, Frankfurt / M, 1972
- CANARIS C.W. Bankvertragsrecht, Berlin, New-York, 1975
- (Les) GARANTIES BANCAIRES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX, Dossier de documentation, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980 organisé par la FEDUCI
- HARFIELD H. Bank credits and Acceptances, 5è éd., New-York; 1976
- (VON) MARSCHALL (W) - ROSENBERG (L) - PAVICEVIC (B), Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt / M, 1977
- SALEH H., Letters of Guarantee, Rubes et Regulations - Unification Schume, éd. par le comité national, Irakien de la CCI, mai 1973
- SALEM - SANSON, Les contrats "clé en main" et les contrats " produit en main" - Technologie et vente de développement, Paris, 1979
- SCHINNERER E. Bankverträge, T.II, 2è éd. Wien, 1966

- SCHONLE H. Bank und Borsenrecht, 2è éd. München, 1976

B. Articles

- ARNOLD H.J., BRANSLIVER E., The standby Letter of Credit - the controversy continues, U.C.C.L.J., 272, (1978) 10
- AXMANN P., Preisfaktoren, Zahlungsbedingungen und Zahlungssicherungen im Aussenhandel, D.B., 1973, S.B., n°8
- BELL G., Bankers' Guarantees, Rapport de droit anglais, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- BERLIOZ G., Les garanties dans les relations économiques internationales, J.C.P., 1980, éd. CI, n°13324
- CAEMMERER E. (von), Bankgarantien im Aussenhandel, Festschrift für O. Riese, Karlsruhe, 1964, 294
- COSTET L., Le contrat commercial - l'obligation contractuelle à garantir, actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- CREMADES J.A., Les garanties bancaires à première demande en droit espagnol, actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- CREMADES - VALLUIS - ZIVY, Droit et pratique des garanties en Amérique latine, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- DEL DUCA L.F., Pitfalls of "Boiler Plating" Letters of Credit, 13 UCCL.J., 3, 1980
- DESMEDT R., Twee juridische problemen die betrekking hebben of financiering van de export, conf. donnée à l'Association belge des juristes d'entreprises, 1979
- DESMET R., La garantie syndiquée, actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- DOHM J., Garantie automatique - abus de droit - fraude manifeste, note sous L.G. Francfort 29 novembre 1979; LG Francfort 14 décembre 1979, DPCI, 1980, 262
- DUBISSON M., Le droit de saisir les cautions de soumission et les garanties de bonne exécution, D.P.C.I., 1977, 423
- DUBISSON M., Les garanties bancaires : les risques couverts, leur durée et leur mise en oeuvre, actes du colloque de Tours Paris, 1981
- EISEMANN F., Arbitrage et garanties contractuelles, exposé au IV congrès Interne de l'arbitrage, Moscou, 3-6 oct. 1972, Revue de l'Arbitrage, 1972, 379
- ELLAND - GOLDSMITH M., Performance Bonds in the English Courts, DPCI, 1978, 151

- EL HAKIM J., Les garanties bancaires dans les pays du Proche-Orient
Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- E.M., Garantie "à première demande" - validité, note sous Paris
2 juin 1967, Rev. Jur. Comm., 1967, 709
- FINGER, Formen und Rechtsnatur der Bankgarantien, B.B., 1969, 206
- FLORESCU G., Droit et pratiques des pays socialistes européens en
matière de garanties contractuelles, en partant de
l'expérience de la Roumanie, actes du colloque de Tours
Paris, 1981
- GARONE G., Riflessioni sui tratti caratteristici della garanzia banca-
caria nella pratica contrattuale, B.B. e tit. di. C,
1978, 1, 472
- GAVALDA - STOUFFLET, Garantie bancaire automatique - Créance du don-
neur d'ordre - Saisie arrêt, note sous trib.
Gde Inst. Paris, réf.; 13 mai 1980, D. 1980
490
- GAVALDA - STOUFFLET, La lettre de garantie internationale, Rev. trim
dr. comm. 1980, 5
- GRAHAM W.C., The Law and Practice relating to the Use of Letters of
Credit and performance Bonds in securing performance in
Canada and The United States, Actes du colloque de
Tours, Paris, 1981
- GUGGENHEIM 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, T.XXX, 153
- JARVIS P.R., Standby Letters of credit, Issuer's subrogation and As-
signment Rights, 9 UCCL.J., 356, 1977
- JORDAN, Guarantee Bonds : their Use in international Contracts, ICLF
Rev. 1980, 201
- KASER J., Garantieversprechen als Sicherheit im Handelsrechten, Ra-
bels Z, 1971, 600
- KATSKEE M.R., The Standby Letter of Credit Debate - The Case for con-
gressional Resolution, Banking Law Journal, 1975, 697

- KLEINER B., La garantie en droit suisse, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- KLEINER B., Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwider-
rufliche Akkreditiven, S.J.Z., 1976, 353
- KOPELMANAS L., Les garanties bancaires de bonne fin d'exécution de
contrats internationaux de fournitures d'installations
industrielles complètes, in Festschrift für J. Barman,
München, 1975, 553
- LEGREVE S., Garanties contractuelles, Rev. de la Banque, 1973, 537
- LESGUILLONS H., Les garanties bancaires dans les contrats interna-
tionaux, Rapport introductif, Actes du colloque de
Tours, Paris, 1981
- LESGUILLONS H., Les garanties bancaires dans les contrats interna-
tionaux, Conclusion, Actes du colloque de Tours,
Paris, 1981
- LIESEKE W., Rechtsfragen der Bankgarantie, W.M., 1968, 22
- MARSHALL VON BIEBERSTEIN W., Bankgarantien im internationalen Zahlungs-
verkehr, in Dokumentenakkreditiv
und Bankgarantien im internationalen
Zahlungsverkehr, (Horn, Marschal, Rosen-
berg, Paricevic, éd.), Frankfurt/M, 27
- MARWYK KOOIJ B. (van), Contract Guarantees, N.J.B. , 1978, 991
- MATRAY L., L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles,
Rev. de la Banque, 1974, 203
- MATTOUT J.P., La délivrance des cautions de soumissions dans les mar-
chés internationaux à moyen et long terme, Banque, 1977
419
- MAZZONI A., Les garanties bancaires dans le commerce international,
Rapport de droit italien, Actes du colloque de Tours,
Paris, 1981
- MEZNERICS L., Guarantees and other securities in international Trade,
in question of international Law, Budapest 1971, 105
- MURRAY J., Letters of Credit in nonsale of Goods Transactions, 30
Bus Law. 1103 (1975)
- ORSINI F., La garantie des engagements de caution par la COFACE, Acte
du colloque de Tours, Paris, 1981
- PABBRUWE H.J., La garantie à première demande en droit néerlandais,
Actes du colloque de Tours, Paris, 1981

- PABBRUWE H.J., Een byzondere bankgarantie, W.P.N.R., 1979; 5471
- PARDON J., Les garanties bancaires dans les contrats internationaux, Les efforts d'appréhension au plan international, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- PAVICEVIC B., Bankgarantien im Jugoslawischen Recht, in Dokumentenak kreative und Bankgarantien im internationalen Zaklung verkehr, (Horn, Marshcal - Rosenberg - Pavicevic, éd.) Frankfurt/M., 1977, 57
- PLEYER K., Die Bankgarantien im Zwischenstaatlichen Handel, WM, 1973, Sonder Beilage n°2
- PLEYER K., Rapport sur la garantie bancaire en droit allemand, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981
- PORTALE G.B., Fideiussione e Garantievertrag nella prasi bancaria, extrait "Le Operazioni Bancarie" (T.II) 1978, Milano, 1045
- PORTALE G.B., Fideiussione e contratto autonomodi garanzia nella prassi bancaria, JuS, 1977, 3
- POULLET - HELLA, Réflexions épistémologiques à propos d'un phénomène juridique : la naissance des "contrat de garantie à première demande", Arch. Ph. dr., 1981
- POULLET Y., Présentation et définition des garanties pratiquées en Europe, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- POULLET Y., Les contrats relatifs à la garanties: Eléments de droit international privé, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- POULLET Y., Les contrats relatifs à la garantie: Critères d'interprétation pour déterminer le type de sûreté personnelle choisie, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- POULLET - BELLIS, Brève réflexion sur la nature juridique des garanties "automatiques", Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- POULLET Y., Revue de jurisprudence relative à la garantie bancaire délivrée dans le commerce international, Colloque de Tours, 19 et 20 juin 1980, Dossier de documentation.
- POULLET Y., Les garanties contractuelles dans le commerce international, DPCI, 1979, 387
- ROHM E., Einheitliche Bankgarantien im Aussenhandel, Die Sparkasse, 1969, 210
- SCHEUERMANN E.K., Bedeutung und Ausgestaltung des Angahlungsavals A.W.D., 1959, 194
- SCHINNERRER E., Neue Wege zur Regelung der Bankgarantie, Festschrift für H. Hammerle, Graz, 1972, 311

- SCHINNERER E., Bankbürgschaft und Bankgarantie, O Bank A., 1953, 216
- SCHINNERER E., Besprechung zu "die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen ", O Bank A., 1972, 439
- SCHINNERER E., Zum Problem der Aufstellung von Regeln für Garantien, die im internationale Handel Verwendung finden, O Bank A., 1978, 51
- SCHINNERER E., Neue Regeln der internationalen Handelskammer für Kontraktgarantien, O. Bank A., 1979, 42
- SCHNEEBERGER E., Garantien ? SJZ, 1975, 74
- SCHRODER G., Rückzahlungsgarantien oder Bürgschaft ohne Anzahlungseingang beim Avalkrediteber, D.B., 1975, 2357
- SCHULTZ J.C., Sureties in the commercial World, in Bergtrom/ Schultz, Kaser. Garntreverträge im Handelsverkehr, Frankfurt, 1972
- (de) SIMONE 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 - BRUYNEEL, Chronique de jurisprudence bancaire, Rev. de la Banque, 1980, 99
- SIMONT L., Questions susceptibles de se poser lors d'un appel d'une garantie bancaire autonome, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- STOTTER V., Das Garantversprechen, D.B., 1971, 2145
- STUMPF H., Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (Bankgarantien) der internationalen Handelskammer, RIW/AWD, 1979, 1
- STUMPFH., Frequent abuses of contract guarantees, and Attempts at Remedeyng such Abuses, Liber Amicoum F. Eisemann, Paris, 1978, 141
- STUMPFH., Bank Guarantees, rapport du 3è congrès de l'Arbitrage d'Istambul, 1969
- SYRETT W.N., Debate on Export Indemnities, The Banker, 1950 (mai) 111 et s.; (août) 114 et S.; (oct.) 228 et s.
- TANDEAU de MARSAC X., Le paiement et ses garanties dans la vente internationale d'objets mobiliers corporels, DPCI, 1978, 125
- UNCITRAL, Lettre de crédit "Standby", A/CN, 9.163 (8.5.1979)

- UNCITRAL, Preliminary Study of Guaranties and Securities as related to international Payments
 - A/CN 9/20 (17.2.1969) Addendum (4.3.1969)
 - A/CN 9/45 (4.3. 1969) Addendum (25.3.1970)
 - A/CN 9/101 (14.3.1975) Addendum (1.4.1975)
- 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, Actes du Colloque de Tours, Paris, 1981
- VELU S., Les garanties à première demande en droit belge, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981
- VERKUIL P.R., Bank Solvency and Guaranty Letters of Credit, 25, Stanford L. Rev., 716 (1973)
- VILLEREY A., Les garanties bancaires dans les contrats internationaux - Rapport de droit français, Actes du colloque de Tours Paris, 1981
- WHEBLE W., Finanzierung des Internationalen Handels in den siebziger Jahren, AWD, 1971, 201
- WHITE SUMMERS, Guaranty Letters of Credit : Problems and possibilities, 16 ariz L. Rev., 823, (1974)

6. Crédit documentaire

A. Ouvrages

- BEYER J., L'irrévocabilité de l'engagement du banquier dans les crédits documentaires irrévocables, Thèse, Paris, 1953
- BONTOUX EPSCHTEIN, Sécurités et précarités du crédit documentaire, Paris, 1964
- BORGGREFE W., Akkreditiv und Grundverhältnis, Thèse, Berlin, 1971
- DIERYCK A., Les ouvertures de crédit, Bruxelles, 1945, n°278
- EISEMANN EBERTH, Das Dokumentenakkreditiv in Internationalen Handelsverkehr, 2è éd., Heidelberg, 1979
- ELLINGER P., Documentary Letters of Credit, Singapour, 1970
- GESSLER J.H., Pfandungen im Akkreditiv, Köln, 1967
- GUTTERIDGE MEGRAH, The Law of Banker's commercial Credit, London, 6è éd., 1978
- PIRET J., A propos du crédit irrévocable, Conf. Centre d'Etudes bancaires, Bruxelles, avril, 1942
- WESSELY W., Die Unabhängigkeit der Akkreditivverpflichtung von Deckungsbeziehung und Kaufvertrag, Thèse, Köln, 1975

- STOUFFLET J., Le crédit documentaire, Thèse, Paris, 1964
- ZAHN J., Zahlung - und Zahlungssicherung in Aussenhandel, Berlin, 1964, 3è éd., 4è éd., 1968, 5è éd.

B. Articles

- ADEN M., Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigten durch den Akkreditivauftraggeber, AWD, 1976, 678
- BAISE M., Lettre de change et crédit documentaire, Rev. de la Banque, 1977, 289
- EBERTH R., Die deutsche Rechtsprechung zum Dokumenten - Akkreditiv vor 1970 bis 1976, AWD, 1977, 522
- 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
- FERDINAND K., De juridische natuur van het Documentair Krediet, R.W., 1951, col. 1345
- FRIEDEL G., Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable, Mélanges en l'honneur de J. Hamel, 1961, 535
- HORN N., Internationale Zahlungen und Akkreditiv, in Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt/M., 1977, 10
- KLEINER B., Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderrufliche Akkreditiven, S.J.Z., 1976, 353
- LISON F., Saisie sur les montants revenants au bénéficiaire d'un accréditif, Rev. de la Banque, 1955, 24
- MICHELI G.A., Misura cautelari ed esecutive aventi per oggetto crediti documentari, B.B. e Tit. di C., 1960, I, 167
- ROSENBERG L., Zahlungen im internationalen Handel, in Dokumentenakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Frankfurt/M., 1977, 43
- SCHONLE H., Die Rechtsnatur der Einheitlichen Rechtlinien und Gebrauch für Dokumentenakkreditive, NJW, 1968, 726

- STAUDER B., Das Dokumentenakkreditiv mit hinausgeschobener Zahlung, in Liber Amecorum A.F., Schnitzer, 1979, 433
- STAUDER B., Die Übertragung des Dokumenten akkreditivs, AWD, 1968, 46
- STOUFFLET J., V° Crédit documentaire, Dalloz, Enc. dr. comme, 2è éd. 1970
- ULMER E., Akkreditiv und Anweisung, Acl. 126, 129; 257
- VAN DER GUCHT J., La saisie arrêt en matière de crédit irrévocable, Rev. de la Banque, 1952, 162
- VAN MAELE A., Analyse juridique du crédit irrévocable et de la lettre de change, Rev. de la Banque, 1947, 329

C. Notes, observations

- BACKUS - HARFIELD, Customs and Letters of Credit : The Dixon, Irmaos Case 52, Columbia Law Review, 589
- (de) BEUS P., Crédit documentaire - Mauvaise foi du bénéficiaire, note sous Trib. comm. Bruges 14 juin 1952, Rev. de la Banque, 1952, 583
- BUONOCORE, Crédit documentaire - Nature juridique, note sous Trib. civil de Florence 4 février 1959 et Cour d'appel de Florence 10 novembre 1960, B.B. e Tit di C, 1962, II, 61
- CABRILLAC R., Crédit documentaire - Nature juridique - Autonomie, note sous Cass. 23 mars 1955, J.C.P. 1955, II, 8838
- (von) CAEMMERER E., Crédit documentaire - Abstraction, note sous BGH 18 septembre 1958, J.Z., 1959, 364
- (DE) CARBONNIERES 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
- CHERON A., Crédit documentaire - Nature juridique, note sous Trib. de comm. Le Havre 14 novembre 1921 et Paris 26 avril 1923, D. 1923, II, 137
- CUNEO (avoc - gén), Crédit documentaire - Saisie arrêt, Conclu. sous Paris 16 juin 1950, JCP., 1950, 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
- FOLCO C., Crédit documentaire - Nature juridique - Autonomie et droit cambiaire, note sous Trib. Turin 28 décembre 1948, B.B. e tit di C., 1949, II, 259

- FREDERICQ L., Crédit documentaire - Mauvaise foi du bénéficiaire
note sous Trib. comm. Bruges 14 juin, 1952, RCJB, 1953
35
- HAMEL J., Crédit documentaire - Nature juridique, note sous Cass. 26
janvier 1926, D. 1926, I, 201
- LESCOT P., Crédit documentaire - Autonomie note sous Cass. 20 octobre
1953; 4 mars 1953; 8 décembre 1953, S. 1954, I, 121
- LISON F., Crédit documentaire - Clause "sans recours", note sous Cass.
(it.) 6 juin 1956, Rev. de la Banque, 1957, 681
- MARAIS G., Crédit documentaire - Saisie arrêt, note sous Trib. civ.
Seine 7 juin 1949, D. 1949, 398
- LISON F., Crédit documentaire - Nature juridique, note sous Saffrom
e. Soc. minière Cafrika, Cour Sup. Austr. 1958 (nov.), Rev.
de la Banque 1960, 53
- MARIN X., Crédit documentaire - Saisie Arrêt, note sous Trib. civ.
Seine 7 mars 1949, Banque, 1949, 431
- 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
- ROUSSEAU M., Crédit documentaire. Nature juridique, note sous Cass.
26 janvier 1926, S. 1926, I, 353
- SAUVAGE C., Crédit documentaire - AUTonomie, note sous Cass. 8 décembre
1953, 4 mars 1953, 20 octobre 1953, Rev. de la Banque,
1953, 547
- SIMON L., Crédit documentaire - Saisie Arrêt, note sous Trib. civ.
Seine 8 juin 1949, Rev. de la Banque, 1949, 321
- STOUFFLET J., Crédit documentaire - Saisie Arrêt, note sous Cass.
6 février 1967, J.C.P., 1968, II, 15364
- STOUFFLET J., Crédit documentaire - Règles et Usances, Valeur, note
sous Cass. 13 avril 1967, Journal de Agrées, 1967, 884

7. Assurance et cautionnement

A. Ouvrages

- (de) Assicurazioni del credito e delle cauzioni, éd. par les soins de
la Société italienne d'Assurances, Roma, 1966
- BASTIN J., L'assurance-crédit dans le monde contemporain, Paris, 1977
- BEILLARD J., L'assurance - crédit en France, Thèse, Bordeaux, 1973
- BESSON - PICARD, Les assurances terrestres en droit français, T.I : Le
contrat d'assurance, Paris, 3è éd., 1970

- BREHM J., L'assurance - cautionnement, Winterthun, 1960
- CHRISTOPEIT J., Hermès - Deckungen, Thèse, München, 1968
- DUSI - (de) ZU LIANI, Le Assicurazioni cauzionali - Elementi di di tecnica e di diritto, Venezia, 1958
- FONTAINE M., Essai sur la nature juridique de l'assurance - crédit, Thèse, Bruxelles, 1966
- GOLSER K., Die Abgrenzung bürschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft, Thèse, Berne
- MAURER P., Le risque d'insolvabilité dans le domaine de l'assurance - crédit, Thèse, Vevey, 1950
- MICHEL R., L'assurance des crédits en droit comparé, Thèse, Paris, 1930
- (de) ZULIANI G., Le assicurazioni delle credito e delle cauzioni - Manuale tecnico giuridico, Venezia, 1963

B. Articles

- CACHIN H., Le développement du rôle de l'assurance en matière de caution, Assur. fr., 1978, 267
- 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
- CARTON de TOURNAI - VAN DER MEERSCH, V° Assurances terrestres (contrats particuliers) RPDB, 1969, n°531
- CORET A., L'assurance - crédit à l'exportation est-elle une opération d'assurance, Clumet, 1971, 258
- DONATI A., La causa del contratto di assicurazione, Assicurazioni, 1950, 224
- FONTAINE M., La protection de l'entreprise contre les risques du crédit, Ann. de droit, Fac. Louvain, 1973
- FRAGALI M., Fideiussione e Assicurazione, B.B. e tit di C., 1955, I, 140
- FRAGALI M., Recente indirizzi sulla natura dell' assicurazione fideiusoria, B.B. e tit. di C., 1972, 515
- FRAGALI M., V°Assicurazioni del credito, Encycl del diritto, Milano 1968

- GAMBINO P., Fideiussione, Fideiussio indemnitas e Polizza fideiussoria, Rev. dir. com., 1960, II, 57
- GAVALDA C., Le renouveau de l'assurance - cautionnement des marchés acheteurs dans le commerce international, Mélanges, Azard, Paris, 1979, 75
- GAVALDA C., L'assurance-crédit interne, un aspect de la concurrence et ou de la complémentarité du secteur des Banques et des assurances, in Mélanges Jauffret, Paris, 1974, 345
- GLIBERT F., Le ducroire comme garantie du donneur de crédit, Rev. Banque, 1966, 225
- GORE F., Le commissionnaire - ducroire in Le contrat de commission (sous la direction de J. Hamel), Paris, 1949, 280
- HOUIN R., La nature du contrat d'assurance - aval et le recours de l'assuré contre le tiré défaillant, RGAT, 1937, 13
- KOZIOL H., Über den Anwendungsbereich des Burgschaftsrechts, Jur. Bl. 1964, 306
- LIPPMAN D., Das burgerliche Gesetzbuch über Einheits - und Mehrheits schuld in Bürgschaft und Gesamtschuld, AcP., III, 1914, 135
- MICHEL R., Les risques normaux et les risques extraordinaires dans l'assurance des crédits commerciaux, RGAT, 1936, 25
- MOLLE G., Fideiussione bancaria e assicurazione fideiussoria, B.B. e Tit di C., 1950, I, 442
- MUNGARI V., Sulle garanzie cauzionali (contract Bonds) prestate dalle imprese assicuratrici italiane per l'esecuzione di lavori all' estero, Assic., 1979, 47
- PARTESOTTI G., Polizza fideiussoria e "note di credito" B.B. e tit. di C., 1979, II, 202
- PASANISI E., L'assicurazione fideiussoria, in ^CLe assicurazione del credito e delle cauzioni, Roma, 1966
- PERCEROU R., La nature juridique de l'assurance crédit - Contrat d'assurance ou contrat de crédit ? RGAT, 1970, 350 et s. 497 et s.
- POULLET Y., Les incertitudes récentes relatives à la nature juridique de l'assurance caution, Bull. Assur., 1979, 5
- RAVAZZONI A., Nuove riflessioni sulle cauzioni fideiussorie, Assicurazioni, 1973, 541
- RENAUDIN (Arbitrage), Cautionnement et Opérations d'assurance, Arbitrag du 6 octobre 1952, R.T.D. comm., 1953, 153

- SCHMIDLIN O., "On demand bonds" - di Gefahren von bedingungslosen und abstrakten Garantien in der internationalen Kautionsrückversicherung, Z/V, 1979, 605
- STOLFI M., Nature giuridica dell' assicurzione cauzioni, Assic., 1958, 66
- TAMBURRINO C., Appunti sulla natura e sulla disciplina della c.d. assicurazione fideiussoria, Assic., 1970, I, 522
- WETS G., De la nature juridique de l'assurance-caution, Bull. Assur., 1955, 355
- WETS G., L'assurance pour compte, Bull. Assur., 1954, 193

C. Notes

- BESSON A., Assurance-crédit - Recours, note sous Cass. 14 décembre 1943, D., 1944, 81
- BESSON A., Assurance - Aval - Nautre juridique, note sous Cass. 17 janvier 1950, J.C.P., 1951, 5998
- BESSON A., Assurance - caution - Nature juridique - Validité - Recours de l'assureur, note sous LYon 28 novembre 1960, RGAT, 1961, 203
- BESSON A., Assurance - cautionnemnt - Validité - Nature juridique - Recours de l'assureur, note sous Cass. 17 mars 1964, RGAT, 1965, 93
- BOITARD M., Clause de ducroire dans un contrat de commission - Portée de l'engagement, note sous Cass. 5 décembre 1951, D. 1952, J, 449
- DUMON F., Cautionnement "marchés publics" - Applicabilité prescrits sur le cautionnement, note sous Cass. 24 février 1967, Par., 1967 I, 792
- ESCARRA J., Assurance - Aval.- Nature juridique - Recours de l'assureur Note sous Riom 15 mai et 30 octobre 1936, S., 1936, II, 113
- FONTAINE M., Assurance crédit et cautionnement, note sous Gand 16 juin 1970, JT 1972, 190
- GAVALDA C., Assurance - crédit à l'exportation et contrat d'assurance, note sous Cour Just. Communautés, 10 décembre 1969, D, 1971, J, 665
- GERI V., Ulteriori osservazioni in tema di assicurazioni cauzionali e della loro natura, note sous Cass. 7 septembre 1968, Assic., 1969, II, 123
- GORE F., Clause de ducroire dans un contrat de commission - Portée de l'engagement, note sous Cass. 5 décembre 1951, JCP, 1952, II, 7199
- GROSSI M., Nature juridique de l'assurance-caution, note sous Cass. 7 juin 1974, Foro it, I, 2004

- HOUIN R., Assurance - aval - Nature juridique - Recours de l'assureur note sous Cass. 14 décembre 1943, S., 1945, I, 41
- MAHIEU M., Assurance avec délai de carence - Nature juridique - Recours, note sous Liège 21 novembre 1968, R.G.A.R. 1970 8455
- MICHEL R., Assurance - aval - Nature juridique - Recours de l'assureur, note sous Cass. 13 décembre 1943, J.C.P., 1944, 2552
- PICARD M., Assurance - aval - Nature juridique - Recours de l'assureur note sous Rion 15 mai et 30 octobre 1936, RGAT, 1937, 601
- PLANIOL M., Cautionnement - Déchéance du terme, note sous Cass. 30 janvier 1890, D.P., 1891, I, 5
- RAVAZZONI A., Sulla applicabilità dell'art. 1957 alle cd cauzioni fideiussorie, note sous Cass. 8 février 1963, Foro. pad. 1964, I, 172
- RAVAZZONI A., Nature juridique de l'assurance caution, note sous Cass. 8 février 1963, Foro Pad., 1964, I, 172
- (di) SABATO Fr., Brevi note in tema di polizze fideiussorie, note sous Naples 27 février 1959, B.B. e tit. di Cred., 1960, II, 543
- SOLUS H., Assurance - aval - Nature juridique - Recours, G.P., 1938, I, 21
- SOLUS H., Assurance - aval - Nature juridique - Recours de l'assurance S., 1937, II, 25
- TAORMINA V., Nature juridique de l'assurance - caution, note sous Cass 17 juin 1957, Foro Pad., 1957, I, 920

8. Solidarité et cautionnement

A. Ouvrages et articles

- CARPINO B., Espromissione cumulativa e fideiussione, Riv. dir. civ., 1969, I, 395 et s.
- DERRIDA, De la solidarité commerciale, Rev. Trim. dr. comm., 1953, 330 et s.
- DERRIDA J., V° Solidarité, Dalloz, Rép. dr. civ., 1969, n°70

- DISTASO B., Rassegna di giurisprudenza, Modificazione soggettive e oggettive dell'obbligazione, B.B. e tit. di. Cred., 1967, I, 528
- GSCHNITZER F., note sous OGH, Jur. Bl., 1962, 204
- RAISCH L., Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld, J.Z., 1965, 703
- REICHEL H., Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), München, 1909
- REGOUT C., De la solidarité, J. cl. civ., art. 1197-1216, 1967
- REINICKE D., Burgschäft und Gesamtschuld, NJW, 1966, 2141
- RODOTA S., V° Espromissione, Encycl. del diritto, vol XV, Milano, 1966
- WESTERKAMP W., Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin, 1908

B. Notes

- BIONDI B., La causa dell'espromissione, note sous Cass. 27 juillet 1955, Foro it., 1956, I, 1335
- BOYER L., Chose jugée à l'égard du débiteur principal - Opposabilité à la caution solidaire, note sous Angers 15 octobre; 1958, J.C.P., 1959, II, 11315
- GULPHE (avoc. gen), Cautionnement solidaire et solidarité, délai de grâce, concl. sous Cass. 20 décembre 1976, JCP, 1977, II, 18611
- HOLLEAUX G., Cautionnement solidaire et solidarité, note sous Cass. 23 juillet 1929, D., 1931, 73
- LAUTERBACH W., cautionnement solidaire et solidarité, note sous BGH, 12-7-1955, J.Z., 1956, 99
- LESCOT P., Cautionnement solidaire et solidarité, note sous Cass. 19 décembre 1927, S., 1928, 1, 145
- MARTY G., Cautionnement - Bénéfice du délai de grâce - Cautionnement solidaire et solidarité, observ. sous Cass. 28 février 1939 Rev. trim. dr.civ., 1939, 783
- NICOLO R., Sulla promessa di pagare il debito altrui, note sous Cass. 31 juillet 1936, Foro it., 1936, I, 1467
- PETTITI V., Espromissione - Régime des exceptions opposables - Fondement, note sous Cass. 31 mai 1952, Giur. compl. Cass., 1952, 2°, 657

- RAVAZZONI A., note brevissime in tema di solidarieta fideiussoria, note sous Cass. 17 juin 1974, Giur. it., 1975, I, 1, 928 et s.
- RAYNAUD P., Chose jugée à l'égard du débiteur principal - Opposabilité à la caution solidaire, note sous Angers, 15 octobre 1958, RTDC, 1958, 458
- ROUBIER P., cautionnement solidaire et solidarité, Délai de grâce, note sous Cass; 28 février 1939, S., 1939, I, 161
- SABATO (di) A., Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui critère d'interpretazione, note sous Trib. Bari 12 décembre 1959, Rev. dr. civ., 1961, II, 491
- TITZE D., Différence entre cautionnement et reprise cumulative de dette, note sous RG 19 octobre 1931, J.W., 1931, 3478
- WAHL J., cautionnement solidaire et solidarité, note sous Cass. 19 février 1908, Pas. 1911, 1, 509

9. Droit judiciaire

- CEZAR BRU, HEBRAUD, SEIGNOLLE, ODOUL, juridiction du Président du tribunal, T.I., Des référés, Paris, 1976
- de LEVAL G., La saisie arrêt, thèse, Liège, 1976
- SOLUS, PERROT, T.1 et 2, Paris, 1961-73
- ROUARD P., Traité élémentaire de droit judiciaire privé, Bruxelles, T.II, 1975

Abréviations utilisées lors de la citation des revues

- A.C.P. = Archiv. für die civilistische Praxis (Allemagne)
- All. E.R. = All. England Law Reports (Angleterre)
- Ann. de droit = Annales de la Faculté de droit et de sciences politiques de Louvain (Belgique)
- Ann. dr. comm. = Annales de droit commercial (France)
- Ann. fac. dr. Liège = Annales de la faculté de droit de Liège (Belgique)
- Arch. Ph. du droit = Archives de Philosophie du droit (France)

- Arch. Resp. civ. = Archives della responsabilita civile (Italie)
- Assic. = Assicurazioni (Italia)
- A.T.F. = Arrêts du tribunal fédéral (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
- Bus Law = The Business Lawyer Journal (Etats-Unis)
- D. = Recueil Dalloz (France)
- D.A. = Recueil analytique Dalloz (France)
- D.B. = Der Betrieb (Allemagne)
- D.H. = Recueil hebdomadaire Dalloz (France)
- D.S. = Recueil Dalloz - Sirey (France)
- Dir e guir = Diritto e giurisprudenza
- 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)
- Ev. Bl. = Entscheidungen des Osterreichischen oberste Gerichtshofes in Zivilsachen (Autriche)
- Foro it. = Foro italiano (Italie)
- Foro Pad. = Il Foro Padano (Italie)

- Giur it. = Giurisprudenza italiana (Italie)
- Giust civ. = Giustizia civile (Italie)
- G.P. = La Gazette du Palais. Supplément au Journal Judiciaire (France)
- H.R.R. = Höchststrichtenliche Rechtsprechung (Allemagne)
- J.cl. Civ = Juris - classeur Civil (France)
- J. cl Comm. = Juris - classeur Commercial. (France)
- J.C.P. = Juris - classeur Périodique - La semaine Juridique (France)
- J.of I.of Bankers = Journal of the Institute of Bankers (Angleterre)
- Journ. des Agrées = Journal du Agrées (France)
- J.J.P. = Journal des juges de Paix (Belgique)
- Journ. Trib. = Journal des Tribunaux (Revue suisse)
- J.P.A. = Jurisprudence du port d'Anvers (Belgique)
- J.T. = Journal des Tribunaux (Revue belge)
- Jur. Bl. = Juristische Blatter (Autriche)
- Jur. Comm. B (ou J.C.B.) = Jurisprudence commerciale de Belgique, depuis 1969 (Belgique)
- Jur. Comm. Brux. = Jurisprudence commerciale de Bruxelles : (jusqu'en 1969) (Belgique)
- Jur. Liège = Jurisprudence de la cour d'appel de Liège (Belgique)
- Ju S. = Juristische Schulung (Allemagne)
- J.Z. = Juristenzeitung (Allemagne)
- J.W. = Juristische Wochenschrift (Jusque 1944) (Allemagne)
- Mass.Foro it. = Massimario del Foro italiano (Italie)
- M.D.R. = Monatsschrift für deutsche Recht (Allemagne)
- N.J.B. = Nederlands Juristenblad.
- N.J.W. = Neue Juristische Wochenschrift depuis 1947-48 (Allemagne)
- Rabels Z. = Rabelszeitschrift (voir = ZAIP) (Allemagne)
- RCJB - Revue critique de Jurisprudence belge (Belgique)

- Rechtstheorie = Rechtstheorie - Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kibernetik + und Soziologie des Rechts (Allemagne)
- Rep. Foro it = Repertorio generale annuale del Foro italiano (Italie)
- Rev. Banque = Revue de la Banque (Belgique)
- RCDIP = Revue critique de droit international privé (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. Not. = Revue pratique du Notariat belge (Belgique)
- Rev. Soc. Jur. Bern. = Revue de la Société suisse des juristes bernois (Suisse)
- Rev. Trim. dr. civ. (ou RTDC) = Revue Trimestrielle de droit civil (France)
- Rev. Trim. dr. comm. = Revue trimestrielle de droit commercial (FRANCE)
- RGAR = Revue Générale des assurances et des Responsabilités (Belgique)
- RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen de 1880 à 1945 (Allemagne)
- RID 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.R.D. = Revue Régionale de droit (Namur - Luxembourg) (BELGIQUE)
- R.W. = Rechtskundig Weekblad (Belgique)
- S. = Recueil général des Lois et des Arrêts fondé par J.B. Sirey (France)

- Schw 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)
- Warn R. = Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen auf dem Gebiete des Zivil, Handels - und Prozessrechts (Allemagne)
- W.M. = Wertpapier - Mitteilungen Teil IV B. (Allemagne)
- W.P.N.R. = Weekblad voor Privaat-en Notaris Recht
- ZAIP = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (= Rabelszeitschrift) (Allemagne)
- Z. bern. Jur. V. = Rev. Soc. suisse Jur. Bern. = Zeitschrift für das bernische Juristische Vereins (Suisse)
- ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (und Wirtschaftsrecht jusqu'au volume 60) (Allemagne)
- ZKW = Zeitschrift für das Kreditwesen (Allemagne)
- Y.L.J. = Yale Law Journal (Etats-Unis)